UNIVERSITÉ D'AIX-MARSEILLE — FACULTÉ DE DROIT

LA QUALITÉ POUR AGIR EN JUSTICE

THÈSE
POUR LE DOCTORAT EN DROIT
soutenue par

René GASSIN

DRAGUIGNAN
IMPRIMERIES OLIVIER-JOULIAN ET NOUVELLE RÉUNIES
—
1955

LA QUALITÉ POUR AGIR EN JUSTICE

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ D'AIX-MARSEILLE — FACULTÉ DE DROIT

LA QUALITÉ POUR AGIR EN JUSTICE

THESE
POUR LE DOCTORAT EN DROIT
soutenue par

René GASSIN

JURY

Président : M. AUDINET, Doyen de la Faculté de Droit
Suffragants : M. CHARLIER, Professeur
M. BERTRAND, Professeur

DRAGUIGNAN
IMPRIMERIES OLIVIER-JOULIAN ET NOUVELLE RÉUNIES
—
1955

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

ABRÉVIATIONS ET MODES DE CITATION

Cass. ..... Cour de Cassation.

1° *Pour la période antérieure à 1947 :*

Civ. ..... Chambre civile.

Crim. ..... Chambre criminelle.

Req. ..... Chambre des requêtes.

Soc. ..... Chambre sociale.

2° *Pour la période postérieure à 1947 :*

Cass. Civ. ..... Chambre civile, section civile.

Cass. Comm. ..... Chambre civile, section commerciale et financière.

Cass. Soc. ..... Chambre civile, section sociale.

Cass. Crim. ..... Chambre criminelle.

Trib. civ. ..... Tribunal civil.

Trib. cor. ..... Trbiunal correctionnel.

Trib. paix ..... Tribunal de paix.

C. E. ..... Conseil d'Etat.

Bull. Cass. Civ. ..... Bulletin des arrêts des Chambres Civiles de la Cour de Cassation.

D. ..... Recueil de jurisprudence de Dalloz, par année, partie et page.

D. A. ..... Dalloz analytique.

D. C. ..... Dalloz critique.

D. H. ..... Dalloz hebdomadaire.

D. P. ..... Dalloz périodique.

G. P. ..... Gazette du Palais.

Gaz. Trib. ..... Gazette des Tribunaux.

J. C. P. ..... Juris-classeur périodique.

Rev. trim. de dr. civ. .. Revue trimestrielle de droit civil.

Rev. trim. de dr. comm. Revue trimestrielle de droit commercial.

Rec. Leb. ..... Recueil Lebon.

S. ..... Recueil d'arrêts de Sirey.

Dr. civ.	Droit civil.
Dr. comm.	Droit commercial.
Proc. civ.	Procédure civile.
Proc. comm.	Procédure commerciale.

Cf.	Confert.
J.	Jurisprudence.
Loc. cit.	Loco citato.
N°	Numéro.
Op. cit.	Opere citato.
Obs.	Observations.
P.	Page .
Somm.	Sommaire.
T.	Tome.
V°	Verbo.

INTRODUCTION

I

1. *Notions historiques — Droit romain.*

Dans toutes les législations, on exige, pour que l'action en justice soit recevable, c'est-à-dire pour que le juge doive statuer sur le fonds du litige que les plaideurs aient qualité (1).

Le droit romain connaissait déjà cette exigence.

Dans le procès romain classique le défaut de qualité du demandeur qui se prétendait titulaire d'un droit, était soulevé dans l'infitiatio, ou dénégation par le défendeur du bien fondé de la demande ; l'« Infitiatio » comprenait en effet, outre les défenses au fond qui s'attaquent à l'existence du droit prétendu, des exceptions qui touchent à l'absence de droit d'action en la personne du demandeur, comme l'exception tirée du défaut de qualité : le défendeur niait par exemple que le demandeur, qui exerçait la revendication comme propriétaire, fût véritablement propriétaire. D'autre part, la question de la qualité pour contredire se trouvait résolue, préalablement à l'examen du fond, au moyen des « interrogationes in jure » adressées au défendeur par le magistrat avant l'octroi de la formule au demandeur (2). Par exemple, avant d'intenter une action noxale, la victime d'un délit avait la faculté de demander à la personne qu'elle allait poursuivre si elle avait bien le délinquant sous sa puissance ; le créancier, avant d'agir contre une personne en paiement des dettes d'un défunt, lui demandait si elle était bien héritière, et pour quelle part

(1) Le terme de qualité peut être entendu dans des sens très divers. Dans le seul domaine du droit de la procédure, on lui trouve plusieurs significations totalement étrangères les unes aux autres. Ainsi, on parle quelquefois de la « qualité des personnes à juger » pour déterminer la juridiction compétente ; c'est en ce sens qu'on parle de la qualité de commerçant, de celle de salarié, etc... Dans la théorie de l'instance, on examine la notion de parties à l'instance, à propos de laquelle on utilise le terme de qualité de demandeur, qualité de défendeur ou qualité d'intervenant.

Le sens dans lequel nous employons le terme de qualité au cours de cet ouvrage exprime un état dont l'existence ouvre l'action aux personnes qui en sont titulaires et son étude entre dans le champ des développements sur la théorie de l'action en justice.

(2) Girard, Manuel de droit romain, p. 1003 et suivantes ; Monier, Manuel de droit romain, t. 1, N° 214.

de la succession ; on peut encore citer l'obligation imposée au possesseur d'indiquer en quelle qualité il défendait à l'action en revendication, si c'était comme possesseur ou comme héritier. La réponse du défendeur le liait, quand bien même elle était contraire à la vérité : le demandeur pouvait obtenir une formule, rédigée conformément à la réponse obtenue, que le juge devait tenir pour l'expression de la vérité. Par contre, la réponse inexacte ne pouvait nuire au demandeur (3). Le défaut de qualité du défendeur a d'abord été sanctionné par une « praescriptio », mise en tête de la formule, remplacée ensuite par une exception (4).

Lorsque l'action était exercée, non plus par les titulaires du droit litigieux, mais par leurs représentants, comme cela était possible dans la procédure formulaire, leur qualité devait être établie pour qu'ils puissent agir : ainsi la qualité de « cognitor » résultait de sa constitution en termes solennels, en présence de l'adversaire (5).

2. *Ancien droit.* — Dans l'ancien droit, les plaideurs devaient aussi établir qu'ils avaient qualité. On trouve d'ailleurs le terme dans les anciens ouvrages de procédure (6).

Les anciens auteurs commençaient leurs développements sur la demande en justice par des observations sur le demandeur et le défendeur. Pigeau, par exemple, faisait de l'intérêt en la personne du demandeur, une condition essentielle pour pouvoir former une demande en justice (7). Il énonçait la règle que « quiconque n'a pas intérêt à demander une chose, ne le fait. » Puis il passait à l'étude des sources de l'intérêt, en distinguant les hypothèses où l'intérêt est né en la personne du demandeur, et celles où il lui a été transmis (8), soit par un titre universel (hérédité et legs universel), soit par des titres particuliers. Ces diverses sources de l'intérêt ne semblent pas être autre chose que les sources mêmes de la qualité.

Les auteurs de l'ancien droit envisageaient ensuite la question des procureurs qui agissent pour le compte des personnes qui, bien que titulaires d'un intérêt, ne peuvent cependant pas exercer l'action pour diverses raisons : incapacité, impossibilité pratique, etc... Ils étudiaient tour à tour la question des procureurs des incapables et des personnes morales

(3) Monier, Manuel de droit romain, t. 1, n° 124.

(4) Girard, Manuel de droit romain, p. 1004, note 1.

(5) Monier, Manuel de droit romain, t. 1, N° 138.

(6) Voir par exemple, Le Brun de la Rochette, Le procès civil et criminel, p. 6 et suivantes ; Pigeau, La procédure cicile du Chatelet de Paris, p. 59.

(7) Pigeau, La procédure civile du Chatelet de Paris, p. 59.

(8) Pigeau, La procédure civile du Chatelet de Paris, p. 60.

qui existaient alors, celle des représentants des couvents et des communautés religieuses, celle des procureurs du Roi, etc... (9), en faisant ressortir la nécessité de l'existence de la procuration.

Le défaut de qualité était sanctionné par une fin de non recevoir que l'on appelait aussi exception péremptoire absolue qui concerne le droit, parce que, sans entrer dans le mérite de la demande, elle tendait à prouver que le demandeur n'a pas le droit de la former, n'est pas recevable (10). Cette exception péremptoire était opposable en tout état de cause, même après la contestation sur le fond, et jusqu'à la sentence définitive, parce qu'elle détruit la demande et qu'en définitive elle dénie l'existence même de l'action. La sanction du défaut de qualité ne frappait pas seulement le demandeur qui, agissant en qualité de titulaire du droit, ne le possédait pas véritablement, mais aussi celui qui prétendait agir en qualité de représentant sans justifier de son pouvoir de représentation : le défaut de procuration pouvait en effet être proposé en tout état de cause (11). La question du pouvoir du représentant semble donc avoir été conçue comme un aspect de la question de qualité.

3. *Droit positif — Doctrine.* — Dans le droit moderne de la procédure, on retrouve encore la « qualité » comme condition de recevabilité de l'action en justice.

Dans la doctrine classique de l'action, la qualité figure à côté des autres conditions générales d'exercice de l'action, qui sont : le droit, l'intérêt et la capacité (12).

La doctrine moderne du droit judiciaire la tient encore comme une condition essentielle. Parfois, elle présente la qualité comme une condition de l'action autonome, à côté du droit et de l'intérêt (13). Certains auteurs lui confèrent même une position de premier choix dans le domaine de la

(9) Masuer, Practique, p. 126 et suivantes; Le Brun de la Rochette, Le Procès civil et criminel, p. 10 et suivantes.

(10) Pothier, Traité du droit français, éd. Dupin, t. 9, p. 15; Pothier, Œuvres, éd. Bugnet, t. 10, p. 23, note 2.

(11) Du Breuil, Style du Parlement de Paris, chapitre 13, paragraphe 2; Masuer, Practique, titre 9, livre 9; Tanon, L'ordre du procès civil au XIV^e^ siècle au Chatelet de Paris, p. 25.

(12) Glasson, Précis de proc. civ., N° 239; Cézar-Bru, Précis de proc. civ., N° 75 bis; Crémieu, Précis de proc. civ., p. 83; Garsonnet et Cézar-Bru, Traité théorique et pratique de proc. civ., t. 1, N° 363; Japiot, Traité élém. de proc. civ. et comm., N° 69; Glasson et Tissier, Traité théorique et pratique de proc. civ., t. 1, p. 425.

(13) Solus, Cours de droit judiciaire privé, cours de licence, Paris 1947-48, p. 243 et suivantes; Chiovenda, Istituzioni di diritto processuale civile, t. 1, N° 39; voir encore Laborde-Lacoste et Brethe de la Gressaye, Introduction générale à l'étude du droit civil, p. 416.

recevabilité, puisqu'ils la présentent comme la seule condition requise pour que l'action soit recevable (14), en intégrant dans celle-ci l'intérêt pour agir. Même chez les auteurs qui présentent l'intérêt comme la notion de synthèse des conditions de recevabilité de l'action, la qualité demeure quelque chose de distinct de l'intérêt (15) et est présentée comme l'un des aspects de cette notion, soit qu'on la tienne pour l'aspect direct et personnel de l'intérêt (16), soit qu'on l'envisage comme un aspect légitime et légal (17).

4. *Jurisprudence.* — Comme la doctrine, la jurisprudence présente la qualité comme une exigence de la loi.

Le plus souvent elle se borne à l'affirmer implicitement en examinant la qualité des sujets de l'action, et en accueillant la fin de non recevoir tirée du défaut de qualité, lorsqu'elle est soulevée par l'un des plaideurs. Ainsi, avant de vérifier si un dommage a été personnellement et directement subi par une personne en raison de l'activité fautive d'un tiers, la jurisprudence examine la question de savoir si, pour le cas où le droit à réparation existerait objectivement, le demandeur a la possibilité d'obtenir du juge qu'il répare le dommage causé en établissant, par exemple, qu'il est bien titulaire d'un droit à réparation : de la sorte, elle déclare recevable l'action en dommages-intérêts du riverain de la voie publique contre la personne qui a encombré cette voie au préjudice du propriétaire riverain (18) ; au contraire elle déclare irrecevable l'action en dommages-intérêts exercée par un curé contre des personnes qui ont détruit une croix située sur un terrain dont la commune est propriétaire, lorsque le demandeur n'établit pas qu'il est propriétaire de la croix abattue (19).

Quelques fois cependant les tribunaux énoncent formellement le principe qu'il faut avoir qualité pour que l'action soit recevable. On trouve par exemple cette affirmation que « la première des conditions exigées par la loi pour intenter une action est d'avoir pour cela la qualité nécessaire » (20),

(14) Vizioz, Cours de Proc. civ., p. 98 et suivantes ; obs. Rev. Trim. de dr. civ., 1940-41 p. 313, 1946 p. 246, 1948 p. 94 ; voir encore une opinion à peu près semblable chez Carnelutti, Sistema di diritto processurale civile, t. 1, N° 137.

(15) Morel, Traité élém. de proc civ., N° 27, p. 30.

(16) Morel, Traité élém. de proc civ., N° 30, p. 33 ; Cuche et Vincent, Précis de proc. civ., N° 12.

(17) Brulliard, Proc. civ., N^{os} 30 et 35 ; Giverdon, la qualité condition de recevabilité de l'action en justice, D. 1952, chronique 85.

(18) Bourges, 1er Mai 1900, D. 1900, 2, 425.

(19) Req, 13 Mai 1919, D. 1922, 1, 94.

(20) Trib. civ. Lyon, 10 juillet 1909, D. 1910.2.377.

ou encore que, outre la preuve de son intérêt, le demandeur doit établir qu'il a qualité pour agir (21).

5. *Application générale de la qualité.* — La qualité est une condition générale de recevabilité de l'action en justice. Quel que soit le type de procès envisagé, on retrouve toujours, chez les juges, le souci de n'examiner le bien fondé d'une demande qu'après s'être préalablement assurés que les personnes qui les mettent en contact avec le fonds du litige sont bien qualifiées pour agir, chaque fois qu'une difficulté est soulevée par les plaideurs autour de cette question. Cela est bien évident dans le procès civil ou commercial, comme on vient de l'établir précédemment (22).

Cela est encore vrai dans le procès administratif. Dans la jurisprudence du Conseil d'Etat sur la recevabilité du recours pour excès de pouvoir, la question de qualité fait l'objet d'une sollicitude permanente : le Conseil d'Etat, en effet, s'attache à déterminer dans chaque cas concret si le requérant a un intérêt direct et personnel à l'annulation de l'acte attaqué devant lui, c'est-à-dire si le titre invoqué par le requérant est de nature à lui ouvrir l'action (23).

Dans le procès pénal, enfin, le droit positif exige que les personnes qui prétendent mettre en mouvement l'action publique, justifient qu'elles ont qualité pour cela.

II

6. *Incertitude de la notion de qualité en droit positif.* — En face d'une exigence aussi constante et aussi générale, on pourrait s'attendre à trouver dans le droit positif une notion de la qualité, précise et indiscutable, d'où découle un régime juridique défini de manière certaine : il semble en effet qu'une longue et fréquente pratique des questions de qualité devant les tribunaux eût dû aboutir, à la longue, à une notion satisfaisante de cette condition.

Cependant, il n'est peut-être pas de notion importante du droit de la procédure qui soit aussi incertaine et même parfois aussi insaisissable que celle-ci. Cela tient sans doute à la nature des choses (24), mais aussi à ce qu'en l'absence

(21) Lyon, 4 déc. 1951, D. 1952.J.202.

(22) Cf. Supra N^{os} 3 et 4. La doctrine citée est essentiellement consacrée à l'examen de la procédure civile et commerciale. La jurisprudence citée se rapporte également au procès civil.

(23) Sur la notion d'intérêt comme condition de recevabilité du recours pour excès de pouvoir, voir en dernier lieu les conclusions Chenot sous C.E. 10 fév. 1950, Gicquel, Rec. Leb. p. 100.

(24) Japiot, Traité élém. de proc. civ. et comm., N° 70, p. 64.

dans la loi de dispositions générales sur la qualité (25), la jurisprudence, qui n'a pas trouvé d'ailleurs dans la doctrine des bases théoriques fermes et unanimes (26), a donné des solutions souvent contradictoires.

7. *Contenu.* — L'incertitude règne d'abord sur le contenu même de la notion de qualité. Les uns le gonflent à l'excès en y faisant entrer des questions aussi étrangères que celles de la condition de droit, d'intérêt ou même de capacité, si bien que l'on a pu dire que « suivant les cas, la notion de qualité a été employée pour désigner chacune des conditions de recevabilité de la demande en justice » (27) : la notion de qualité devient alors extrêmement vague et se trouve vidée de toute signification technique propre. D'autres, au contraire, réduisent à peu de choses les manifestations de la condition de qualité par l'exclusion du domaine de celle-ci de questions aussi importantes que celles du pouvoir d'agir du représentant, de la qualité des personnes qui font valoir en justice le droit d'autrui en leur nom propre, et de la compétence des personnes ou des organes doués de prérogatives fonctionnelles ; la qualité se résume alors dans l'aptitude à agir du titulaire du droit litigieux, question délicate que l'on ne distingue pas toujours nettement de la condition de droit, au point que la qualité finit souvent par s'évanouir.

8. *Nature juridique.* — L'incertitude règne encore sur la nature juridique de la qualité. On mêle parfois la question de qualité à celle du bien ou du mal fondé de la prétention : cela arrive principalement lorsque on a une conception restrictive du domaine d'application de la qualité. D'autres fois la qualité est présentée comme une condition de validité de la demande, c'est-à-dire une condition pour que le juge puisse examiner à la fois la recevabilité et le bien fondé de la demande : c'est ce qui se passe pour certaines hypothèses de qualité, telles que le pouvoir du représentant. Même lorsqu'on présente la qualité comme une véritable condition de recevabilité de l'action, distincte des conditions de succès de

(25) On ne peut trouver dans la loi que des indications sur des hypothèses particulières de qualité extrêmement nombreuses et disparates. L'occasion d'édicter des règles générales sur la qualité s'était cependant présentée lors de la rédaction du code de procédure. Le tribunal de cassation avait demandé l'insertion de certaines dispositions relatives aux actions en justice, mais on considéra bien à tort, qu'il s'agissait là de questions doctrinales dont le Code n'avait pas à s'occuper (cf. Locré, Travaux préparatoires du code de procédure civile, t. 21, p. 354).

(26) Glasson et Tissier constatent qu'il règne dans la matière une grande confusion : Traité théorique et pratique de proc. civ., t. 1, p. 437.

(27) Brulliard, Proc. civ., N° 35, p. 33.

la demande en même temps que des conditions de validité de l'instance, on ne lui attribue pas toujours le caractère d'une condition de l'action autonome : on la considère quelquefois comme un aspect de l'intérêt. On comprend qu'en présence d'une telle diversité d'opinions, certains auteurs n'aient même pas tenté de donner une définition de la qualité (28).

9. *Régime juridique.* — L'incertitude sur la notion de qualité a eu les répercussions les plus graves sur son régime juridique.

Dans le domaine de la preuve de la qualité, on aboutit aux conclusions les plus opposées selon que l'on rapproche la qualité des conditions du succès de la prétention ou de celles de la validité de l'instance. Dans le premier cas la preuve de la qualité est une chose très ample et très difficile comme la preuve du bien fondé. Dans le deuxième cas, la preuve de la qualité se réduit à peu de chose au point que, dans certaines hypothèses comme celle où elle appartient au titulaire du droit, on en arrive à admettre que la simple prétention de l'appartenance d'un droit suffit à conférer qualité.

Dans la matière des effets de la notion de qualité enfin, la diversité des opinions est encore significative. Lorsqu'on tient la qualité pour une condition proche de celle du bien fondé, on confère au moyen tiré du défaut de qualité, le caractère d'une défense au fond et on tient pour définitive la portée de l'autorité de la chose jugée sur la qualité. A l'inverse, lorsqu'on rapproche cette condition de l'action des conditions de l'instance, on la sanctionne par une exception de procédure, c'est-à-dire un moyen de défense qui s'attaque à la validité des actes de l'instance, qui doit être soulevée au début du procès et on admet qu'il est possible de couvrir le défaut de qualité par la régularisation de l'instance : cela est particulièrement net en cas de défaut de pouvoir du représentant.

III

10. *Intérêt d'une étude de la qualité.* — La double constatation de l'importance du fait de la qualité et de l'impossibilité de trouver, dans la jurisprudence comme dans la doctrine, une étude satisfaisante et complète de la qualité justifie le présent ouvrage.

Les intérêts qui s'attachent à notre étude sont nombreux. C'est tout d'abord la question de la preuve de la qualité qui doit y trouver une réponse. C'est ensuite la question de la

(28) Voir par exemple Glasson, Précis de proc. civ., N° 239.

détermination de la loi applicable dans le temps et dans l'espace à la qualité qui doit s'en trouver éclaircie. On y puisera enfin des directives précieuses pour préciser la sanction du défaut de qualité et l'étendue de l'autorité de la chose jugée sur la qualité.

11. *Méthode et plan de l'ouvrage.* — Pour faire cette étude, deux voies sont possibles. La plus séduisante consisterait à mettre tout d'abord en lumière les aspects les plus originaux de la qualité, puis à discuter les différentes explications de cette notion données jusqu'à présent pour dégager enfin une définition de la qualité et même de l'action en justice. On aboutirait certainement à une révision importante des concepts classiques de l'action en justice et de la qualité.

Mais, pour atteindre utilement ce but, il faudrait qu'il existe une construction classique achevée de la qualité. Or, là-dessus, il n'y a rien de complet tant s'en faut. Mis à part un article important de M. Giverdon (29), il n'y a guère en France que dans les manuels et dans les chroniques de Procédure Civile à la Revue Trimestrielle de Droit Civil que l'on peut trouver quelques renseignements. Encore convient-il de remarquer que les définitions de la qualité y sont si différentes qu'on imagine aisément que l'on a fait, dans cette matière, plus « d'impressionisme » que de science véritable ! ! ! A quoi bon ajouter, dès maintenant, une impression supplémentaire...

C'est pourquoi la méthode que nous suivrons est toute différente. Partant des définitions courantes de la qualité, de l'action en justice, des contentieux subjectif et objectif... nous essaierons de préciser et d'expliquer la qualité. Il s'agit ici de faire un inventaire aussi complet que possible des divers aspects de cette notion et de son régime juridique, inventaire qui, à notre connaissance, n'a jamais été fait dans la doctrine française. Le but est modeste : il ne s'agit que d'un moment de la recherche sur cette question de qualité, mais c'est un moment indispensable...

Reste alors le choix du plan général de la description de la qualité. On pourrait songer à examiner d'abord le régime juridique de la qualité pour donner ensuite une définition de cette notion. En effet, la plupart des notions de procédure ne peuvent se définir que d'un point de vue formel, par leurs formes et leurs effets (30).

(29) Giverdon, La qualité, condition de recevabilité de l'action en justice, D. 1952, chronique p. 87.

(30) Obs. Hébraud à la Rev. trim. de dr. civ., 1952, p. 255.

Cependant certaines notions trouvent leur explication véritable dans leur nature juridique (31) : c'est le cas des notions de fin de non recevoir légale, d'incapacité procédurale, par exemple. La notion de qualité est de celles-là. Son régime juridique découle naturellement de la nature des choses.

C'est pourquoi nous commençons notre étude par l'analyse de la notion de qualité, pour en déduire ensuite les conséquences qui expriment son régime juridique propre.

PREMIÈRE PARTIE : *La notion de qualité.*

DEUXIÈME PARTIE : *Le régime juridique de la qualité.*

(31) Obs. Hébraud précitées.

PREMIÈRE PARTIE

La notion de qualité

PREMIÈRE PARTIE

La notion de qualité

Chapitre préliminaire

DEFINITION DE LA QUALITE

12. *Définition.* — La qualité (1) est le titre (2) requis de chacun des plaideurs, par le droit positif, pour mettre le juge en contact avec le fonds du litige (3).

Ce titre exprime une relation entre, d'une part les sujets de l'action en justice et, d'autre part les sujets du droit litigieux au cas de contentieux subjectif, ou les bénéficiaires de l'avantage poursuivis devant le juge au cas de contentieux objectif.

Cette relation est déterminée par le droit positif en fonction du contenu de la prétention.

13. *Double aspect de la qualité.* — La qualité se rapporte à deux questions différentes l'une de l'autre (4), mais liées par un ordre logique de nature à justifier la nécessité de les examiner toutes les deux dans un ordre déterminé. Si la doctrine ne comprend pas toujours ces deux questions dans le domaine de la qualité, la jurisprudence, du moins, traite indifféremment l'une et l'autre sous cet angle.

La question de qualité est d'abord celle de savoir si le titre invoqué par les sujets de l'action est de nature à ouvrir

(1) Les doctrines allemande et italienne emploient le terme « légitimation », de préférence à celui de « qualité ». Chiovenda (Istituzioni di diritto processuale civile, t. 1, N° 39) explique qu'il vaut mieux employer l'expression « légitimation », parce qu'il arrive que, sous le terme de qualité on désigne des notions bien différentes, telles que celle d'intérêt pour agir ou de capacité. Bien qu'on fasse souvent de semblables confusions dans le droit judiciaire français, nous conservons le terme de qualité habituellement employé par notre doctrine et notre jurisprudence.

D'autre part, certains auteurs français ont proposé de substituer le terme de « compétence » à celui de qualité, soit entièrement (Fourneau, Pour une conception objective de l'action en justice, thèse Aix 1937, N° 179), soit dans certains domaines (Giverdon, La qualité,

l'action, sans que l'appartenance subjective de ce titre soit contestée. C'est en ce sens que l'on dit par exemple, que les parents ont qualité pour former une demande en interdiction judiciaire, ou encore, que le créancier a qualité pour exercer l'action oblique ; on dit, de la même manière, qu'une simple association professionnelle est sans qualité pour obtenir la réparation du dommage subi, non par la collectivité des membres de cette association, mais par la profession toute entière dans laquelle ses membres sont recrutés.

La question de qualité est ensuite celle de savoir si le titre invoqué par les sujets de l'action leur appartient en propre, alors qu'il est d'autre part certain qu'il suffit, par sa nature, à ouvrir l'action. On dit ainsi que tel demandeur qui exerce l'action en interdiction a la qualité de parent du défendeur ou encore que telle personne qui exerce l'action oblique a qualité pour agir, parce qu'elle possède un titre de créance contre le débiteur dont elle fait valoir le droit.

Il va de soi que la question de la preuve de l'appartenance du titre invoqué n'a d'importance que dans la mesure où celui-ci est suffisant pour conditionner l'existence de l'action. Si le titre invoqué n'est pas de ceux qui ouvrent l'action, il est inutile de rechercher si les sujets de l'action en sont les titulaires, puisque, de toute manière, le défaut de qualité résulte de l'insuffisance du titre invoqué. C'est ainsi, par exemple, que, dans l'action en responsabilité exercée par une femme qui agit en qualité de concubine, il est inutile de rechercher si elle a vraiment vécu en concubinage avec la victime de l'accident, puisque de toute façon elle est sans qualité pour agir lorsqu'elle invoque le titre de concubine. On comprend alors pourquoi les deux questions de qualité, celle de la prétention d'un titre suffisant pour ouvrir l'action

condition de l'action en justice, D. 1952, chronique p. 87), voulant marquer par là que l'exercice des droits en justice n'apparaît que comme une délégation consentie par le droit objectif. La Cour de Cassation, témoignant que, pour elle, le droit individuel reste le fondement de l'action, conserve le terme de qualité (Cf. Hébraud, obs. à la Rev. trim. de dr. civ., 1954, p. 140-141). C'est aussi ce que nous avons fait ici.

(2) Le mot titre désigne, tantôt l'écrit dressé pour faire la preuve d'un droit, tantôt l'état ou la situation juridique née d'un fait juridique (lato sursu) (Cf. Capitant, Vocabulaire juridique, V° Titre) ; le Code Civil entend quelquefois ce mot avec cette dernière signification (voir par ex. l'article 778 qui parle du titre ou de la qualité d'héritier). Nous l'entendons ici dans ce sens.

(3) Comparez avec la définition classique : « La qualité, c'est le titre — reconnu nécessaire et suffisant — en vertu duquel une personne peut valablement figurer dans un procès » (Laborde-Lacoste, Précis de proc. civ., N° 59).

(4) Comparez, Fourneau, Pour une conception objective de l'action en justice, p. 232, note 2 in fine.

et celle de l'appartenance subjective du titre invoqué, doivent être examinées successivement et toujours dans le même ordre.

Il importe, d'ailleurs, de remarquer que les difficultés les plus graves en matière de qualité se présentent souvent à propos de la première signification, c'est-à-dire de la détermination du titre suffisant pour ouvrir l'action : c'est sur cette question que l'on trouve la jurisprudence la plus abondante.

14. *Explication de la définition.* — La définition de la qualité repose sur deux ordres de considérations fondamentales.

Elle suppose d'abord que l'on fait une distinction entre les sujets de l'action et les sujets du droit litigieux déduit en justice. Si une telle distinction doit être faite nécessairement lorsque les personnes qui agissent invoquent un titre autre que celui de sujets du droit litigieux, elle doit encore être admise, au moins théoriquement, lorsque les sujets de l'action se présentent comme titulaires du droit litigieux.

Mais cette distinction n'aboutit pas à une séparation complète. La qualité, en effet, suppose aussi l'existence d'une relation entre les sujets de l'action et ceux du droit litigieux.

SECTION I

La distinction des sujets de l'action et des sujets du droit déduit en justice

§ 1er. — *Les éléments de la distinction.*

15. *Distinction.* — Les éléments de la distinction comportent deux catégories de personnes théoriquement différentes l'une de l'autre : les sujets de l'action et les sujets du droit litigieux.

A. — LES SUJETS DE L'ACTION EN JUSTICE.

16. *Définition.* — Ce sont les personnes qui mettent le juge en contact avec le contenu de la prétention.

Ce sont elles qui doivent avoir qualité. En effet, la question de qualité est celle de la délimitation subjective des personnes auxquelles est reconnue l'aptitude de saisir le juge ou, en d'autres termes, celle de l'appartenance subjective d'une action dont l'existence objective est, d'autre part, certaine (5). C'est pourquoi on a souvent noté que la condition de qualité

(5) Japiot, Traité élém. de proc. civ. et comm., N° 70, p. 65.

regarde les sujets de l'action (6). Par là, cette condition doit être distinguée à la fois des conditions objectives de l'action en justice, telles que l'existence d'un objet conforme à l'ordre public et aux bonnes mœurs (7), ou l'absence de chose déjà jugée par une sentence devenue définitive (8), et de certaines autres conditions de l'action traditionnellement considérées comme subjectives, telle que l'intérêt pour agir : assez souvent, en effet, l'intérêt appartient à d'autres personnes que les sujets de l'action, comme, par exemple au cas de représentation dans le pouvoir d'agir (9).

Les personnes qui mettent le juge en contact avec la substance du litige et relativement auxquelles la qualité doit être appréciée, n'entrent pas toutes dans un même groupe. Il faut distinguer entre, d'une part, la qualification active et la qualification passive, et, d'autre part, la qualification autonome et la qualification dépendante.

1° *Qualification active et qualification passive.*

17. *Qualité du demandeur et du défendeur.* — Le juge est mis en contact avec le contenu de la prétention, non seulement par le demandeur mais encore par le défendeur : la qualité est donc requise chez l'un comme chez l'autre. Ce serait un point de vue trop étroit de ne considérer que la seule qualité de la personne qui saisit le juge (10) ; une certaine qualité est encore exigée du côté du défendeur (11). On distingue ainsi la qualité pour agir *strictò sensu* ou qualification active qui regarde la personne qui saisit le juge de la qualité pour contredire ou qualification passive, qui concerne la personne contre laquelle le procès est dirigé.

Assez souvent la personne qui est qualifiée pour agir est aussi qualifiée pour contredire. Mais il y a des formes de qualification exclusivement actives : il en est ainsi surtout de la qualification du subrogé, comme le créancier qui exerce

(6) Japiot, op. cit., loc. cit. ; obs. Vizioz, Rev. trim. de dr. civ., 1940-41 p. 313, 1946 p. 246, 1948 p. 94 et 242 ; Giverdon, La qualité, condition de recevabilité de l'action en justice, D. 1952, chronique p. 85, colonne 2.

(7) Obs. Vizioz, Rev. trim. de dr. civ., 1940-41 p. 313, 1946 p. 246, 1948 p. 940.

(8) Obs. Vizioz, Rev. trim. de dr. civ., 1940-41 p. 313, 1948 p. 94 et Cours de procédure civile, p. 101.

(9) Cf. infra N^os^ 61 et suivants.

(10) Voir cependant Giverdon, au D. 1952, p. 85.

(11) En ce sens, Morel, Traité élém. de proc. civ., p. 24, note 3 ; Laborde-Lacoste et Brèthe de la Gressaye, Introduction générale à l'étude du droit ; Fourneau, Pour une conception objective de l'action en justice, N° 185.

(12) Cf. infra, N^os^ 125 et suivants.

l'action oblique (12), et de celle du ministère public ou du syndicat qui agit dans l'intérêt de la profession (13).

Il existe aussi des cas de qualification purement passive : Cela arrive lorsqu'une personne, bien que privée du droit d'action, possède cependant une exception opposable au demandeur. Ainsi le créancier d'une obligation naturelle a une exception opposable au débiteur qui vient réclamer le remboursement de la somme payée (14). Il ne faut cependant pas considérer comme un cas de qualification purement passive, celui où la jurisprudence déclare recevable l'action dirigée contre un groupement dépourvu de personnalité morale qui n'exécute pas ses obligations alors que ce groupement n'aurait certainement pas pu saisir lui-même le juge : il y a là, non une question de qualité, mais une question de capacité de jouissance (15).

2° *Qualification autonome et qualification dépendante.*

18. *Diverses manières de saisir le juge.* — Le juge peut être mis en contact avec la substance du litige de deux manières différentes. Il peut l'être tout d'abord par l'introduction même du procès ; mais il peut l'être encore par la voie de l'intervention, après que le procès a déjà été engagé. Ces deux manières différentes de mettre le juge en contact avec le litige correspondent à la distinction de la qualification principale ou autonome, et de la qualification secondaire ou dépendante (16).

La qualification autonome suppose que le sujet de l'action a le pouvoir de former la demande introductive d'instance : elle est dite autonome parce qu'elle suffit à ouvrir l'action ; tel est le cas, par exemple, du subrogé dans le pouvoir d'agir. Outre le pouvoir d'accomplir la demande introductive d'instance, cette forme de légitimation implique encore un pouvoir autonome d'exercice des voies de recours, de désistement et d'acquiescement (17).

A l'inverse, la deuxième manière de mettre le juge en contact avec le litige suppose que le sujet de l'action n'a pas, à soi

(13) Carnelutti, Sistema di diritto processuale civile, t. 1, N° 137.

(14) Ripert et Boulanger, Traité élém. de dr. civ. de Planiol, t. 2, N°s 1327 à 1347.

(15) Cf. infra N°s 319 et 320.

(16) Carnelutti, Sistema di diritto processuale civile, t. 1, N° 137 g, p. 366.

(17) C.E., 9 mai 1952, Houillères du bassin de Lorraine et Charbonnages de France, Rec. Leb. 1952, p. 238. Le C.E. relève que les personnes qui ont qualité pour acquiescer à une décision administrative, sont celles mêmes qui ont qualité pour décider de l'action à intenter.

seul, un titre suffisant pour saisir le juge de la demande introductive d'instance, mais est qualifié pour appuyer la demande déjà formée par un tiers : on peut dire que la qualification est ici secondaire ou dépendante parce que son activité ne peut mettre le juge en contact avec le litige, que dans la mesure même où un tiers a formé une demande principale préalable. Tel est le cas de l'intervenant volontaire (18).

19. *Intérêts pratiques.* — C'est à partir de cette distinction que peuvent être résolues les questions relatives aux pouvoirs dont dispose, dans l'instance, l'intervenant volontaire au cas d'intervention accessoire, ainsi que ceux du ministère public agissant comme partie jointe. On doit retenir que leur sont interdites toutes les activités destinées à augmenter les limites de la décision relativement à la demande formée par la partie principale. C'est pourquoi l'intervenant accessoire ne peut que se joindre aux conclusions de la partie dont il soutient les intérêts, sans pouvoir y ajouter (19) ; de même l'intervenant accessoire ne dispose pas des voies de recours : seule la partie qu'il assistait et qui a succombé peut les exercer ; si encore le demandeur se désiste de sa demande principale ou si le défendeur acquiesce à cette demande, l'intervention accessoire tombe par elle-même (19). De la même manière, le ministère public, partie jointe, ne peut former une voie de recours contre le jugement (20).

Il en est autrement lorsque l'intervenant aurait eu le pouvoir de former une demande principale en vertu d'un droit d'action qui lui est propre (intervenant principal) ou encore lorsque le ministère public aurait pu procéder par voie d'action comme partie principale : il est en effet naturel qu'en pareil cas l'action de l'intervenant ou du ministère public soit indépendante de l'action de la partie qui profite de l'intervention. L'intervenant principal peut prendre des conclusions différentes de celles des parties principales et en contradiction avec elles ; il peut aussi, lorsque sa demande est rejetée, exercer les voies de recours ordinaires et extraordinaires ouvertes aux parties (19). De même, la jurisprudence reconnaît au ministère public le droit de faire appel, alors même qu'il s'est cantonné dans le rôle de partie jointe en première instance, lorsqu'il s'agit d'une affaire dans laquelle il aurait pu se porter partie

(18) Voir par ex. sur l'intervention en matière de recours pour excès de pouvoir, Bérard, La notion d'intérêt dans le recours pour excès de pouvoir, Thèse Paris 1933, p. 102-103 ; Nguyen Quoc Dinh, L'intervention dans le recours pour excès de pouvoir, Revue du droit public 1946, p. 389.

(19) Morel, Traité élém. de proc. civ., N° 369, p. 303.

(20) Morel, Traité élém. de proc. civ., N° 159, p. 150,

principale, par exemple une rectification d'acte de l'état civil (21) ou une immatriculation au registre du commerce (22).

B. — LES SUJETS DU DROIT LITIGIEUX.

20. *Contentieux subjectif.* — Le deuxième terme de la distinction comprend les sujets du droit litigieux ou les bénéficiaires de l'avantage poursuivi devant le juge.

Dans le contentieux subjectif, les plaideurs allèguent l'existence d'un droit subjectif substantiel : c'est pourquoi la qualité regarde ici les sujets du droit litigieux et s'analyse comme la relation qui doit exister entre ceux-ci et les sujets de l'action. La qualification active est appréciée relativement à la personne qui est titulaire du droit prétendu, tandis que la qualification passive est examinée au regard de la personne sur qui pèse l'obligation prétendue.

21. *Contentieux objectif.* — Dans le contentieux objectif, il n'est plus question d'atteinte à un droit subjectif. C'est la légalité objective qui a été violée, et c'est le rétablissement de celle-ci qui est poursuivi devant le juge. Dès lors l'analyse qui consiste à présenter la qualité comme une relation entre les sujets de l'action et les sujets du droit subjectif litigieux devient inexacte. Il faut chercher un autre terme à la relation : on le trouve dans les bénéficiaires de l'avantage poursuivi devant le juge, c'est-à-dire les titulaires de l'intérêt.

Alors qu'au cas de contentieux subjectif la notion de qualité entretient d'étroits rapports avec le droit subjectif litigieux, ici le rapport se noue avec l'intérêt à l'action. C'est pourquoi, sans doute, on a quelquefois présenté la qualité comme l'aspect personnel de l'intérêt (sauf exceptions), en étendant à tous les contentieux, l'analyse de la qualité que le Conseil d'Etat fait en matière de recours pour excès de pouvoir (23).

§ 2. — *Fondement de la distinction.*

22. *Distinction de l'action et du droit.* — La dissociation théorique des sujets de l'action et des sujets du droit litigieux trouve son fondement dans la distinction de l'action et du droit substantiel. Si l'action était le droit lui-même qui se met en mouvement, il est bien évident que le titulaire du droit aurait qualité et qu'il serait seul à l'avoir : mais la qualité ne constituerait pas une condition spéciale de l'action

(21) Civ. 24 décembre 1901, S. 1902.1.353, note Perreau ; 25 octobre 1905, S. 1909.1.27.

(22) Req., 7 mars 1944, D.H. 1944. 7.

(23) Cf. Morel, Traité élém. de proc. civ., N° 30.

en justice, puisque les conditions de l'action seraient celles du droit lui-même.

Mais puisque l'action constitue quelque chose de distinct, on comprend que les sujets de l'action et les sujets du droit ne sont pas nécessairement les mêmes et que, par suite, l'action en justice, pour exister, exige la réunion de conditions spéciales, distinctes de celles du droit substantiel : la qualité y trouve tout naturellement sa place, puisqu'elle traduit les exigences requises du côté des sujets de l'action.

A. — LA DEFINITION DE L'ACTION EN JUSTICE.

23. *Définition.* — L'action en justice, au sens processuel, est le pouvoir (24), donné à une ou plusieurs personnes contre une ou plusieurs autres, de s'adresser au juge, à l'effet de l'obliger à statuer sur le fond du litige, d'obtenir la solution d'un procès (25).

Cette définition appelle quelques observations.

Tout d'abord, nous avons indiqué, dans cette définition, que l'action est le pouvoir d'obtenir la solution d'un procès. Ainsi entendue, l'action ne suppose pas l'existence du droit, mais seulement sa possibilité ; le droit est contesté et l'action a précisément pour fonction de permettre, en s'adressant au juge, de résoudre cette contestation. A l'inverse, la conception matérielle de l'action suppose que le droit existe et fait de son existence, sous une dénomination ou sous une autre, une condition de l'action (26).

D'autre part, cette définition présente l'action comme un pouvoir subjectif « donné à une ou plusieurs personnes, contre une ou plusieurs autres ». L'action, dans le contentieux subjectif tout au moins, ne peut pas être présentée comme un pouvoir général et impersonnel. Elle constitue, en effet, un pouvoir qui naît dès le moment où une personne conteste, sous une forme quelconque, le droit subjectif d'une autre

(24) On peut s'étonner que le mot « action », qui exprime, mieux que tout autre, l'activité qu'accomplit une personne, soit ici défini par le mot « pouvoir », qui suppose une simple faculté d'agir. Il y a là certainement une contradiction grossière dans les termes.

Mais, malheureusement, notre vocabulaire juridique ne contient pas d'autres termes.

(25) Vizioz, Cours de proc. civ., p. 80 ; Cuche et Vincent, Précis de proc. civ., N° 10.

(26) Morel (Traité élém. de proc. civ.) en définissant l'action comme « une voie de droit par laquelle une personne s'adresse aux tribunaux pour obtenir la reconnaissance et, s'il y a lieu, la protection de son droit », cet auteur adopte une conception matérielle de l'action. Il réintroduit d'ailleurs le droit dans les conditions de l'action sous le terme d'intérêt juridique, car il entend par là « que l'action doit être fondée sur un droit ou sur une situation juridique ».

personne. Avant la contestation, l'action n'existait pas ; il n'y avait que le droit subjectif d'une personne et l'obligation corrélative d'une ou plusieurs autres personnes. Dès le moment où naît la contestation, et où le droit subjectif entre donc dans une situation de crise, l'action apparaît. Elle a un sujet actif qui est le titulaire du droit litigieux, et un sujet passif, qui est l'auteur de la contestation. C'est donc un pouvoir subjectif.

Il faut en tirer la conséquence que l'action ne concerne pas seulement la situation du demandeur, comme on l'envisage habituellement. Le défendeur, lorsqu'il résiste à la demande formée contre lui, « agit » aussi dans le but de faire juger le bien fondé de la demande. Envisager la situation du seul demandeur, est donc un point de vue trop étroit résultant de la confusion entre l'action et la demande en justice (27). La demande doit, en effet, être distinguée de l'action : tandis que cette dernière est le pouvoir d'obtenir la solution d'un litige, la demande est l'acte par lequel s'exerce le pouvoir du seul demandeur.

Toutefois, cette analyse n'est valable que pour le contentieux subjectif. Dans le contentieux objectif, l'action est un pouvoir général et impersonnel, né de la violation de la légalité. Si, en matière de recours pour excès de pouvoir, le Conseil d'Etat exige que le requérant ait un intérêt direct et personnel, c'est uniquement en vue d'éviter l'encombrement de sa juridiction. Si d'autre part, en matière pénale, le droit français réserve, à certaines personnes (Ministère Public et personnes lésées par l'infraction), le droit de mettre en mouvement l'action publique, cela n'est pas de l'essence de l'Action publique, puisque certaines législations connaissent l'action populaire répressive. Cela tient au souci de réserver les poursuites à un organe particulièrement compétent à cet effet et, puisqu'il est difficile de les en écarter, aux personnes directement et personnellement lésées par l'infraction. Il n'en reste pas moins que, dans le contentieux objectif, l'action est, en règle générale, un pouvoir impersonnel et général

B. — NATURE DE L'ACTION EN JUSTICE.

24. *Distinctions à faire.* — L'action en justice constitue quelque chose de distinct du droit litigieux déduit en justice en même temps que de l'instance, c'est-à-dire de l'ensemble des actes qui tendent à la solution du litige.

Mais, de la même manière qu'il existe un lien entre l'instance et l'action, l'action n'est pas non plus étrangère au droit déduit en justice. Il existe une relation entre le droit substantiel et l'action, qui se traduit finalement dans le domaine

(27) Morel, Traité élém. de proc. civ., p. 24, note 3.

des conditions de l'action, et spécialement dans le domaine de la qualité, par un lien entre les sujets de l'action et les sujets du droit litigieux.

1° *L'autonomie de l'action en justice.*

25. a) *Distinction de l'action et du droit litigieux.* — Dans l'opinion soutenue par la doctrine française classique (28), l'action véritable serait le droit lui-même envisagé sous son aspect dynamique et tendant à sa réalisation par la voie judiciaire (29). Demolombe avait dit dans une formule frappante « L'Action, c'est le droit lui-même mis en mouvement ; c'est le droit à l'état d'action au lieu d'être à l'état de repos ; le droit à l'état de guerre au lieu d'être à l'état de paix. » (30).

Si on assimile l'action au droit déduit en justice, il est bien évident que le titulaire du droit a seul qualité (31). Mais on ne comprend plus alors pourquoi la doctrine classique présente la qualité comme une condition d'existence de l'action, puisque les conditions de l'action devraient être les conditions même du droit. Cela ne peut s'expliquer que parce que les auteurs classiques ont puisé cette terminologie chez leurs devanciers qui distinguaient l'action du droit (32) et parce qu'encore c'était une notion commode pour expliquer que, par exception, les sujets du droit et les sujets de l'action sont différents.

En réalité l'action diffère du droit.

Cela est bien évident si on envisage l'action au sens processuel, c'est-à-dire, comme le pouvoir de faire statuer le juge sur le bien ou le mal fondé d'une demande. L'action ne peut pas se confondre avec le droit sur lequel on demande au juge de se prononcer puisqu'il s'agit précisément de savoir si ce droit existe ou non dans le cas concret (33).

(28) Sur cette doctrine voir Vizioz, Etudes de procédure, t. 1, Observations sur l'étude de la procédure civile, p. 35 et suiv.; Fourneau, Pour une conception objective de l'action en justice, N°s 71 à 76.

(29) Garsonnet et Cézar-Bru, Traité théorique et pratique de proc. civ., t. 1, N° 351 et t. 3, N° 844; Cézar-Bru, Précis élém. de proc. civ., N° 67; Crémieu, Précis théorique et pratique de proc. civ., p. 76; Japiot, Traité élém. de proc. civ. et comm., N° 59.

(30) Cours de Code Napoléon, Livre II, Titre I, Chap. I.

(31) Vizioz, Etudes de procédure, t. 1, p. 43.

(32) Voir Berriat Saint Prix, Cours de prodédure civile, t. 1, p. 108-109; Rauter, Cours de proc. civ., p. 53; voir aussi Boncenne, Théorie de la proc. civ., t. 1, p. 55 et suivantes. Sur la notion de l'action en justice chez les auteurs français, postérieurs à la codification française jusqu'à Demolombe, voir Fourneau, Pour une conception objective de l'action en justice, N° 70.

(33) Vizioz, Cours de proc. civ., p. 82.

C'est encore vrai si on admet la *conception matérielle* de l'action (34), c'est-à-dire si on définit l'action comme le pouvoir d'obtenir du juge la reconnaissance et, s'il y a lieu, la protection d'un droit subjectif contesté ou méconnu.

L'action diffère du droit qu'elle sanctionne (35) par sa cause (le droit a sa cause dans un fait juridique, l'action dans le conflit qui existe entre le demandeur ou le défendeur relativement à l'existence de ce droit ou dans la volonté de la loi qui exige parfois l'intervention de la justice même en dehors de tout conflit), par ses conditions d'exercice (l'action est soumise à des conditions d'exercice qui lui sont propres et qui diffèrent parfois très sensiblement de celles du droit lui-même), par son objet (l'action a pour objet tantôt la condamnation du défendeur à une abstention ou une prestation, tantôt la simple constatation du droit sans condamnation, tantôt une mesure provisoire ou conservatoire : parfois elle a pour objet la création d'un état juridique nouveau), ainsi que par ses effets (l'action ajoute quelque chose au droit, elle lui apporte un élément nouveau que le droit ne contient pas ; parfois même l'intervention de la justice est indispensable pour réaliser le droit).

26. b) *Distinction de l'action et de l'instance.* — L'action ne se confond pas davantage avec l'instance. Tandis que l'action est le pouvoir de faire statuer sur le fond du litige, l'instance est l'ensemble des actes dont la réunion est nécessaire pour que le juge doive statuer, et sur la recevabilité de l'action, et, sur le bien fondé.

Pratiquement, la distinction de l'action et de l'instance entraîne de nombreuses conséquences. L'instance est décrite avant tout jugement en cas de désistement du demandeur, de préemption et de prescription. Mais ces événements éteignent seulement l'instance, et laisse subsister le droit d'action. Celui-ci ne peut disparaître que par le désistement d'action, l'acquiescement à la demande et la prescription de l'action. D'autre part, le pouvoir d'action, lorsqu'il est exercé, n'aboutit pas nécessairement à la formation du lien d'instance. Certains de ces modes d'exercice déborde le cadre de l'instance : il en est ainsi de la transaction et du compromis.

Cependant on ne peut nier que l'action et l'instance entretiennent d'étroits rapports : l'instance est un ensemble de formes organisées dans le but de permettre à l'action d'aboutir.

2° *Rapport de l'action et du droit substantiel litigieux.*

27. *Lien entre l'action et le droit.* — Si le droit et l'action constituent quelque chose de distinct, ils ne sont pas cepen-

(34) Vizioz, op. cit., loc. cit.
(35) Morel, Traité élém. de proc. civ., N° 25, p. 26, 27, 28.

dant complètement étrangers l'un à l'autre. L'action est même intimement liée au droit substantiel (36). Si elle est un pouvoir de nature processuelle, elle naît en dehors du procès, d'une *situation de crise* du droit substantiel (37). Le lien du droit et de l'action s'exprime par une « correlation téléologique » (38), c'est-à-dire par une connexion qui trouve sa raison dans l'idée que l'action est organisée en vue d'obtenir la solution du fond du litige. Dès lors, on peut être tenté de confondre le droit et l'action (39) : c'est ce qu'a fait précisément la doctrine classique française.

SECTION II

La relation entre les sujets du droit et les sujets de l'action

28. *Idée générale.* — La connexion qui lie l'action au droit substantiel litigieux a ses répercussions sur la qualité. Les sujets de l'action et du droit litigieux, s'ils doivent être distingués, ne sont pas étrangers l'un à l'autre, mais au contraire liés d'une certaine manière : c'est ce qu'exprime notre définition selon laquelle la qualité exprime entre eux une relation de nature déterminée par le droit positif.

§ 1er. — *Exigence d'une relation préalable.*

29. *Défaut de qualité du gérant d'affaires.* — Pour qu'une personne ait qualité, il est nécessaire qu'il existe entre celle-ci et le sujet du droit litigieux une relation préalable à l'exercice de l'action.

C'est pourquoi la gestion d'affaires n'est pas admise dans le droit de la procédure. Le gérant d'affaires n'a pas qualité pour agir parce qu'il n'a pas de pouvoir de représentation, exprès ou implicite. L'adversaire peut donc, en toutes circonstances, opposer le défaut de qualité du gérant.

Si une personne parvenait à plaider dans ces conditions, sans que son adversaire lui oppose le défaut de qualité et sans que le tribunal ait exigé la production d'un pouvoir, il est certain que le jugement, intervenu sur la procédure

(36) Morel, Traité élém. de proc. civ., N° 25, p. 26.

(37) Obs. Moutesano à la Rivista di diritto processuale, 1951. II, p. 74.

(38) Betti, Légittimazione ad agire e rapporto sostanziale, in Giurisprudenza italiana 1949, 1. 763.

(39) Betti, op. cit., loc. cit.

(40) Rapprocher, Civ., 8 juin 1886, S. 1888.1.481.

du gérant d'affaires, ne serait pas opposable à celui dont l'affaire aurait été ainsi gérée. Si celle-ci était demandeur, le défendeur ne pourrait lui opposer l'autorité de la chose jugée, si elle engageait le procès après le rejet de la demande formée par le gérant d'affaires. Si elle était défendeur, il y aurait jugement de défaut (41).

Toutefois, il en serait autrement si le maître de l'affaire ratifiait la gestion faite dans son intérêt : mais, dans ce cas, les dispositions du jugement ne lui sont opposables que dans la mesure où elles ont été ratifiées.

La Cour de Douai, par arrêt du 18 mai 1948 (42), a fait récemment application de ces principes dans une action en responsabilité intentée par une personne qui s'était comportée comme gérante des affaires d'un mineur. A la suite du décès d'un marin français survenu dans un abordage, une indemnité avait été obtenue, devant une juridiction anglaise, par ses ayants cause, parents et son fils mineur pour le compte duquel s'était présenté un sollicitor sans pouvoir. Postérieurement à cette décision on avait demandé à un tribunal français, au nom de l'enfant, de modifier la répartition de l'indemnité qu'avait faite la juridiction anglaise entre lui et ses ascendants. La Cour de Douai, retenant qu'il s'agissait en l'occurence de rechercher si le jugement anglais, tel qu'il avait été rendu, était opposable au mineur, l'a accepté quant au principal du droit au capital, mais l'a écarté en ce qui concerne sa répartition, aux motifs que si la gestion d'affaires du sollicitor sans pouvoir valable de représentation avait été utile, donc efficace, dans la mesure où il exerçait contre le débiteur la créance en indemnité, elle était au contraire inopérante dans la mesure où, une fois le capital obtenu, elle visait à sa répartition pour laquelle les intérêts du gérant et ceux du maître de l'affaire étaient opposés (43).

§ 2. — *Détermination de la relation de nature à conférer la qualité.*

30. *Référence au contenu de la prétention.* — Pour déterminer quelles sont les relations susceptibles de conférer la qualité pour agir, il faut, dans chaque espèce concrète se référer au contenu de la prétention. En effet, le droit positif comporte plusieurs types de relations de nature à conférer la qualité pour agir, et ce n'est que par référence au contenu de la prétention que l'on peut savoir quels types de relations

(41) Morel, Traité élém. de proc. civ., p. 271, note 2.
(42) J. C. P., 1950. II. 5358, note Hébraud.
(43) Hébraud, note précitée.

sont utilisables en droit positif. On a souvent fait remarquer, d'ailleurs, combien la qualité était liée au fond (44) soit dans toutes les hypothèses de qualité (45), soit dans quelques-unes seulement (46).

Dire que la qualité est liée au fond ne signifie pas qu'elle ne peut être appréciée qu'après l'examen du fond, comme certains ont tenté de le soutenir (47). Cela implique seulement la possibilité, si le droit existe, qu'il y ait une relation entre les sujets de l'action et les sujets du droit : c'est la raison pour laquelle il est préférable de dire que la qualité est liée au contenu de la prétention plutôt qu'au fond.

Une fois déterminé le contenu de la prétention, il devient alors possible de préciser quelles personnes ont qualité, c'est-à-dire quelles relations sont admises par le droit positif pour détenir le pouvoir d'action dans une espèce concrète. Ainsi, sachant qu'il s'agit d'un litige relatif à l'intérêt d'une profession, on en conclut que ce sont les syndicats professionnels qui ont qualité.

31. *Plan.* — Après cette esquisse de la définition de la qualité, il nous faut décrire les diverses manifestitions de cette notion dans le droit positif, ou, en d'autres termes, les divers titres susceptibles de conférer qualité au demandeur comme au défendeur.

Après que l'on aura décrit le domaine d'application de cette notion, il sera plus aisé d'en déterminer la nature juridique.

TITRE I. — *Domaine d'application de la qualité.*

TITRE II. — *Nature juridique de la qualité.*

(44) Morel, Traité élém. de proc. civ., N° 52, p. 56 et 57.
(45) Obs. Vizioz à la Rev. trim. de dr. civ., 1948 p. 242.
(46) Giverdon, D. 1952, chronique, p. 58 et suivantes.
(47) En ce sens, voir Fourneau, Pour une conception objective de l'action en justice, N° 176; Giverdon, D. 1952, chronique, p. 86.

TITRE PREMIER

DOMAINE D'APPLICATION DE LA QUALITE

32. *Idées générales.* — Nous allons décrire, dans ce premier titre, les diverses manifestations de la notion de qualité. Il y a, en effet, plusieurs types de relations entre les sujets de l'action et les sujets du droit litigieux, susceptibles de donner qualité.

En principe, c'est le titulaire du droit litigieux qui a qualité ; cela va de soi puisque l'action a pour objet d'obtenir la reconnaissance et la sanction d'un droit. Cependant, cette analyse n'est valable que pour le contentieux subjectif. Dans le contentieux objectif où il s'agit de rétablir la légalité violée, il n'est pas nécessaire d'invoquer un droit subjectif ; il suffit de se prévaloir d'un simple intérêt : c'est le bénéficiaire de l'avantage poursuivi devant le juge qui a alors qualité.

Mais il arrive aussi que, par exception, le pouvoir d'agir appartienne à d'autres personnes que le sujet du droit iltigieux. Celles-ci agissent alors, soit comme représentants, soit en leur nom propre.

Lorsque le sujet de l'action agit comme représentant du sujet du droit litigieux, il y a représentation dans l'action. Si le jugement intervenu sur l'action du représentant ne produit d'effet que sur la tête du représenté, c'est cependant le représentant qui a agi, puisque c'est lui qui a accompli l'acte de volonté destiné à obliger le juge à statuer sur le fond du litige.

Lorsque le sujet de l'action fait valoir le droit d'autrui, non comme représentant, mais en son nom propre, il y a subrogation dans l'action. Ici, le jugement intervenu a effet, non seulement à l'égard du titulaire du droit litigieux, mais encore à l'égard du subrogé. Il y a donc là certainement une hypothèse de qualité.

Enfin, il faut mettre à part les cas où certaines personnes peuvent agir en vertu d'une prérogative fonctionnelle qui leur est conférée par le droit positif. Cette hypothèse de qualité n'entre dans aucune de celles que nous venons d'énumérer et mérite un examen séparé.

33. *Plan.* — Telles sont les quatre manifestations de la notion de qualité que nous allons étudier successivement.

Chapitre 1. La qualité du titulaire du droit.

Chapitre 2. La qualité du représentant.

Chapitre 3. La qualité du subrogé.

Chapitre 4. Les cas de prérogatives fonctionnelles.

Chapitre premier

LA QUALITE DU TITULAIRE DU DROIT

34. *Idée générale.* — Pour que l'action soit recevable, il faut en principe que le juge retienne que le droit prétendu appartient à celui qui le fait valoir et contre celui contre lequel on le fait valoir, ou bien que l'avantage poursuivi en justice appartient à celui-là même qui invoque la violation de la loi. On peut encore dire qu'il faut que le juge retienne, au cas de contentieux subjectif, l'identité de la personne du demandeur avec la personne qui est titulaire du droit litigieux (qualification active) ainsi que l'identité de la personne du défendeur avec la personne qui est titulaire de l'obligation litigieuse (qualification passive) (1), et, au cas de contentieux objectif, l'identité de la personne du demandeur avec la personne qui doit profiter de l'avantage poursuivi devant le juge.

C'est à peu près ce qu'exprime la formule classique selon laquelle « c'est celui-là seul dont le droit a été méconnu et doit être, le cas échéant, protégé, qui a qualité pour agir ». Toute autre personne, même ayant intérêt à empêcher la violation du droit d'autrui ou l'établissement d'une jurisprudence susceptible de lui nuire par la suite, serait irrecevable faute de qualité (2). Mais cette formule encourt deux séries de critiques.

Tout d'abord elle se refère à tort à une conception matérielle de l'action, car elle suppose que le droit dont la violation est invoquée existe au moment de la naissance de l'action. Il faut dire, au contraire, en se référant à la conception processuelle de l'action, que la question de savoir si une personne a qualité pour agir se ramène à celle de savoir, si au cas où un droit existerait, la personne qui en réclame la reconnaissance,

(1) Comparer Glasson et Tissier (Traité théorique et pratique de proc. civ., t. 1; p. 437) : « ...il y a, en principe, identité entre le titulaire du droit et le titulaire de l'action ». Voir encore Chiovenda (Istituzioni di diritto processuale civile, t. 1, nos 19 et 39) pour qui la qualité ou « legittimazione ad agire » est « l'identita della persona dell'atora colla persona favorita dalla lege e della persona del convenuto colla persona obligata... ».

(2) Glasson et Tissier, « Traité théorique et pratique de proc. civ. », t. 1, p. 437 ; Morel, « Traité élém. de proc. civ. », no 33 ; Nouveau Répertoire Dalloz, Vo Action, no 13.

et, le cas échéant, la protection par le juge, a la possibilité d'en être titulaire. Dans ces conditions, c'est la personne seule qui a la possibilité d'être titulaire du droit, s'il existe, qui a qualité pour agir (3).

35. *Contentieux objectif.* — D'autre part, la formule classique n'est valable que pour le contentieux subjectif. Elle ne vaut plus en cas de contentieux objectif. Dans le recours pour excès de pouvoir par exemple, il serait inexact de dire qu'a seul qualité pour agir le titulaire du droit litigieux, puisque ce recours a pour objet le rétablissement de la légalité violée par l'administration et que le Conseil d'Etat se contente de l'atteinte à un simple intérêt pour admettre le recours (4). C'est ici le titulaire d'un intérêt direct et personnel qui a qualité pour agir : on peut dire que, pour avoir qualité, il faut qu'il y ait identité entre le sujet du recours et le bénéficiaire de l'avantage poursuivi devant le juge administratif. D'ailleurs, le Conseil d'Etat apprécie très largement la notion d'intérêt dans sa jurisprudence actuelle. Depuis plus d'un demi-siècle, la notion d'intérêt s'est sans cesse élargie, au point que, dans certain cas tout au moins, le recours pour excès de pouvoir est très proche de l'action populaire. Il en est ainsi lorsque le Conseil d'Etat admet le recours des contribuables contre les décisions d'assemblées, engageant les finances d'une collectivité publique, sauf cependant lorsqu'il s'agit d'un recours dirigé par le contribuable de l'Etat contre les mesures financières prises par le pouvoir central (5). Il n'y a guère que pour les recours des fonctionnaires que la jurisprudence du Conseil d'Etat ait évolué dans un sens restrictif ; ainsi, après avoir admis la recevabilité du recours des fonctionnaires contre les mesures concernant l'organisation du service (6), le Conseil d'Etat déclare maintenant que les règles d'organisation d'un service public ne peuvent plus être attaquées par les fonctionnaires de ce service (7), alors même que l'on fait observer que, si la règle a été établie principalement

(3) Cf. Carnelutti, « Titolarita del diritto e legittimazione », Rivista di diritto processuale, 1952, II, p. 121.

(4) De Laubadère, « Traité élém. de dr. adm. », p. 366 ; Conclusions Chenot sous C.E., 10 fév. 1950, Gicquel, Rec. Leb., 1950, p. 100 ; Bérard, « La notion d'intérêt dans le recours pour excès de pouvoir », thèse Paris, 1932.

(5) Voir pour le contribuable de la commune contre les mesures administratives susceptibles de grever le budget municipal : C.E., 29 mars 1901, Casanova, S. 1901, 3, 73, note Hauriou ; 29 déc. 1905, Petit S. 1906, 3, 49, note Hauriou. Pour le contribuable départemental contre les délibérations financières du Conseil Général, C.E., 27 janv. 1911, Richemond, S. 1913, 3, 92, Concl. Heilbronner. Pour le contribuable colonial, C.E., 24 juin 1932, Galandou Diouf, D. 1933, 3, 15.

(6) C.E., 14 juin 1912, Fédération des professeurs de lycée, Revue du droit public, 1912, p. 724, note Jèze.

(7) C.E., 21 mai 1920, Deslandes, Rec. Leb., 1920, p. 523.

dans l'intérêt de l'administration et de ses services publics, elle a cependant été édictée accessoirement dans l'intérêt des fonctionnaires du service (8). Si l'on fait exception de cette tendance restrictive très limitée, il semble qu'en définitive, le Conseil d'Etat n'exige un minimum d'intérêt que pour éviter un encombrement excessif (9). Par là, la recevabilité du recours pour excès de pouvoir est plus large que dans les matières de droit privé qui touchent le plus à l'ordre public : cela s'explique par l'idée que le recours pour excès de pouvoir a pour objet d'assurer le contrôle de la légalité, tandis qu'en droit privé les actions ont pour but, moins d'assurer le rétablissement de la légalité violée, que de protéger des droits subjectifs, même dans les matières qui semblent se rapprocher le plus du contentieux objectif (10).

36. *Solution implicite de la question de qualité.* — Dans la plupart des cas, la question de l'appartenance du droit litigieux et, par voie de conséquence, celle de l'appartenance objective de l'action, ne présente pas de difficulté spéciale. C'est pourquoi elle ne fait l'objet d'aucun examen particulier mais se trouve résolue avec la question de l'existence du droit (11). En statuant sur le bien fondé de la demande le juge résout certainement la question de qualité. Ainsi A, en prouvant qu'il a acheté un objet à B, prouve par celà même que le droit d'exercer toutes les actions qui compètent à l'acquéreur (action en délivrance, action en garantie, etc...) appartiennent en propre à lui et en propre contre B. Pour expliquer comment une question relative à une condition de l'action peut être enfermée dans un jugement qui statue sur le bien fondé, on dit qu'il y a jugement implicite sur les conditions de recevabilité de l'action (12). Ainsi la jurisprudence déclare qu'en statuant sur le bien fondé de la demande, le jugement statue implicitement, mais nécessairement, sur la question de qualité (13).

37. *Difficultés particulières.* — Mais quelquefois la question

(8) C.E., 17 fév. 1950, Moerlhé, D. 1950. J. 485, conclusions contraires Guionin.

(9) Morel, « Traité élém. de proc. civ. », nº 27 ; Fourneau, « Pour une conception objective de l'action en justice », nº 174.

(10) Morel, « Traité élém. de proc. civ. », nº 29.

(11) Chiovenda, « Istituzioni di diritto processuale civile », t. I, nº 39.

(12) Sur les difficultés que présente un tel jugement relativement à la portée de la chose jugée en matière de qualité, voir infra, nº 400.

(13) Cass., 2 déc. 1835, D.P. 1836, I. 70. Cass. Soc., 3 fév. 1950, Bull. Cas. Civ., 1950, 111, nº 131, p. 91 : la chambre sociale précise dans ce dernier arrêt : « En déclarant que la sentence prud'homale sortirait son plein et entier effet, le jugement a implicitement mais nécessairement reconnu que la nouvelle articulation émanant de la société n'était pas fondée ». Cette nouvelle articulation comportait la fin de

de l'*existence objective* de l'action et celle de son *appartenance subjective* se présentent séparément devant le juge (14).

Celà arrive certainement lorsqu'il y a incertitude sur l'appartenance subjective du titre invoqué, alors que, d'autre part, on est certain que celui-ci suffit à ouvrir l'action. Ainsi, une personne exerce la revendication en invoquant la qualité de propriétaire. Sans prétendre qu'un propriétaire n'a pas qualité pour revendiquer, le défendeur soulève le défaut de qualité du demandeur en invoquant l'absence de titre de propriété en sa personne : le demandeur doit alors établir l'existence de son titre. C'est une question de preuve de la qualité que nous examinerons plus tard (15).

De nombreuses difficultés s'élèvent encore lorsque, sans dénier l'appartenance subjective du titre invoqué, on soutient que celui-ci n'est pas de nature à conférer qualité. Il faut supposer une action dont l'existence objective est certaine ; mais on ne sait pas, a priori, quelles sont les personnes au profit desquelles les circonstances qui ont donné naissance à l'action ont fait, en même temps, naître la faculté de former une demande, parce qu'on ignore si, pour le cas où le droit prétendu existerait, elles auraient la possibilité d'en être les titulaires ; ou encore, on ne sait pas contre quelles personnes cette action peut être exercée, parce que demeure incertaine la question de savoir si, pour le cas où l'obligation existerait, elles pourraient en être les sujets.

Il convient alors de déterminer individuellement ces personnes. Si le demandeur ou le défendeur est compris dans le cercle des individus sur la tête desquels se fixe le droit subjectif, on dira que le premier est qualifié activement, et le second qualifié passivement. Si, au contraire, ils n'ont pas de droits subjectifs, ils seront sans qualité pour exercer l'action (16).

Ainsi posée, la question de qualité doit être examinée séparément lorsque plusieurs personnes se présentent comme intéressés possibles à l'exercice d'une action relative à une situa-

non recevoir tirée du défaut de qualité d'un syndicat pour réclamer à un employeur le paiement des heures non réglées aux apprentis pendant qu'ils suivaient des cours de formation professionnelle.

(14) Chiovenda, « Istituzioni di diritto processuale civile ù, t. 1, n° 39 ; « Principii di diritto processuale civile », p. 152. Nuovo Digesto Italiano, V°. Interesse e legittimazione ad agire, par Costa, n° 4.

(15) Cf. infra n°s 357 et suivants. Pour un exemple récent, voir Cass. Crim., 12 juin 1954, J.C.P. 1954. II. 8291, note Chambon : irrecevabilité, pour défaut de qualité, de l'appel d'une ordonnance de non lieu rendue par un juge d'instruction dans une poursuite pour infraction aux lois sur les sociétés exercée contre les administrateurs, lorsque cette voie de recours est exercée par des personnes qui ne justifient pas de la qualité d'actionnaire en invoquant ce titre.

(16) Japiot, Traité élém. de proc. civ. et comm., n° 70.

tion ou un rapport juridique déterminé, et lorsqu'il y a incertitude sur le véritable titulaire du droit subjectif litigieux.

SECTION I

Détermination des personnes qualifiées lorsqu'il existe plusieurs intéressés possibles

38. *Personnes pour lesquelles se présente la difficulté.* — La question de l'existence objective de l'action et celle de son appartenance subjective devant le juge se présentent d'abord séparément devant le juge, lorsque plusieurs personnes apparaissent comme intéressés possibles activement ou passivement à l'exercice d'une action relative à un rapport ou une situation juridique dont elle ne sont certainement pas titulaires.

Dans cette hypothèse, il est certain que les titulaires du rapport ou de la situation litigieuse ont qualité.

La difficulté se présente pour les personnes qui, sans en être les sujets, sont intéressées aux actions relatives à ce rapport ou à cette situation et peuvent prétendre avoir qualité.

39. *Actions en condamnation.* — Au cas d'action en condamnation, c'est-à-dire d'action tendant à obtenir du juge l'accomplissement par une personne d'une prestation (17), il n'y a pas de difficultés spéciales (18). En effet, dans cette catégorie d'action, la qualité pour agir est attribuée aux seules personnes qui se présentent comme les sujets actifs ou passifs du rapport juridique obligatoire sur le fondement duquel la condamnation est demandée. La question de qualité se ramène ainsi à la question de savoir si, pour le cas où le droit à condamnation existe objectivement, les sujets de l'action ont la possibilité d'être les sujets du rapport obligatoire. Dans le domaine de la responsabilité civile, par exemple, les sujets du rapport obligatoire sont les personnes qui ont un intérêt légitime juridiquement protégé (19). On dit ainsi que la concubine n'a pas qualité pour exercer l'action en responsabilité civile pour la réparation du préjudice qui lui a été causé par la mort accidentelle du concubin dû à la faute d'un tiers, parce qu'elle n'a pas, *en cette qua-*

(17) Vizioz, Cours de proc. civ., p. 106 ; Fourneau, Pour une conception objective de l'action en justice, n° 138, p. 178.

(18) Nuovo digesto italiano, V° Interesse e legitimazione ad agire par Costa, n° 4.

(19) Cf. H. Mazeaud, La lésion d'un intérêt légitime, juridiquement protégé, condition de la Responsabilité civile, D. 1954 chronique p. 39 ; G. Morange, La notion de situation illégitime dans le contentieux de la responsabilité administrative, D. 1953, chronique p. 27.

lité, d'intérêt légitime juridiquement protégé (20). Si au contraire la même personne avait agi non en invoquant sa qualité de concubine, mais un autre titre de nature à lui conférer qualité, comme celui de légataire universelle, elle aurait été déclarée recevable.

40. *Autres actions.* — En revanche, dans les actions constitutives et dans les actions déclaratoires, il arrive que les personnes qualifiées ne soient pas seulement les sujets du rapport ou de la situation juridique, mais d'autres personnes qui invoquent un titre différent. Des difficultés naissent alors sur la détermination des personnes qualifiées sur la tête desquelles se fixe le pouvoir d'agir. On trouve des difficultés semblables dans le procès conservatoire. Enfin, en matière de voies de recours, il peut aussi naître des difficultés particulières, lorsque celles-ci sont exercées par des personnes autres que les parties à la décision attaquée.

§ 1er. — *La qualité dans les actions constitutives.*

41. *Cas où la qualité appartient aux seuls sujets du rapport ou de la situation juridique.* — Assez souvent, dans les actions constitutives, c'est-à-dire dans les actions qui tendent à obtenir la modification d'une situation juridique ou d'un rapport de droit (21), la qualité pour agir est attribuée exclusivement à l'un des sujets du rapport ou de l'état juridique qui fait l'objet de l'action.

Il en est ainsi de l'action en résolution des contrats synallagmatiques. Celle-ci appartient aux seuls contractants et contre la partie qui n'exécute pas son obligation (Art. 1184 C. civ.).

Dans le droit des sociétés la jurisprudence reconnaît aux actionnaires seuls le droit de demander la dissolution d'une société (22), et la nomination d'un liquidateur par l'autorité judiciaire (23).

Dans les actions relatives à l'état des personnes, il en est certaines qui ne peuvent être exercées que par les sujets de l'état juridique. Ainsi l'action en divorce et l'action en sépara-

(20) Civ., 27 juil. 1937, D.P. 1938, 1, 5, note Savatier, S. 1938, 1, 321, note Marty, G.P. 1937, 2, 376 ; Civ., 20 avril et 23 mai 1939, G.P. 1939, 2, 268 ; civ., 22 fév. 1944, D. 1945, 293, note Flour ; C.E. 11 mai 1928, D.P. 1929, 3, 6, conclusions Andrieux.

(21) Vizioz, Cours de proc. civ., p. 106 ; Fourneau, Pour une conception objective de l'action en justice, n° 138, p. 178.

(22) Cass. comm., 23 janv. 1950, D. 1950. J. 300, J.C.P. 1950, II, 5385, note Lescot.

(23) Cass., 14 janv. 1952, Bull. Cass. civ., 1952, II, n° 20, p. 15 : un créancier social a été déclaré irrecevable à agir en son nom propre, lorsqu'il n'exerce pas les droits de sa débitrice.

tion de corps ne peuvent être demandées que par des personnes qui ont la qualité d'époux ; on refuse même aux tiers le droit d'intervenir alors même qu'ils y auraient un intérêt (24), à moins qu'il ne s'agisse d'une intervention destinée, non point à influer sur l'action en divorce elle-même, mais à provoquer des mesures provisoires qui paraissent nécessaires dans l'intérêt des enfants (25). De même, l'action en désaveu de paternité est réservée au mari de la mère. Elle ne peut être exercée ni par la mère, ni par l'enfant du désaveu duquel il s'agit, ni par les autres enfants issus du mariage. Passivement, le désaveu est dirigé contre l'enfant ; la mère est seulement mise en cause dans l'instance pour que le jugement, intervenu sur l'action du mari, lui soit opposable. On peut encore citer l'action en recherche de paternité réservée à l'enfant ou à sa mère s'il est mineur, à l'exclusion de toute autre personne, et spécialement du père de la mère de l'enfant (26).

Dans le droit des libéralités, l'action en révocation pour ingratitude appartient au donateur seul et ne peut être dirigée que contre le donataire (27).

Mais il arrive aussi que le droit à obtenir la création, la modification, ou la disparition d'un rapport ou d'une situation juridique appartienne à des tiers (27 bis). Des difficultés naissent alors sur la détermination des tiers qualifiés activement ou passivement à exercer l'action constitutive.

A. — DIFFICULTES EN MATIERE DE QUALIFICATION ACTIVE

1° *Action en nullité.*

42. *Nullités relatives.* — On peut se demander si la nullité d'un acte juridique peut être soulevée par les seules parties à l'acte ou bien par toute personne qui y a intérêt. On distingue ici entre les nullités relatives et les nullités absolues.

La nullité est relative lorsque la règle transgressée dans la formation de l'acte juridique est destinée à assurer la *protection d'un intérêt privé* (28). L'intérêt privé protégé par cette

(24) Trib. Civ. Seine, 13 mars 1954 (motifs) D., 1954. J. 321.

(25) Civ., 3 janv. 1950, D., 1950. J. 226 et les références citées ; contra cependant : Trib. Civ. Seine, 13 mars 1954 précité, qui se fonde sur le caractère non public des débats pour rejeter l'intervention.

(26) Civ., 6 oct. 1953, J.C.P., 1953, II, 7853, note Madray.

(27) Ripert et Boulanger, Traité élém. de dr. civ. de Planiol, t. 3, n° 3631-3632.

(27 bis) Chiovenda, Istituzioni di diritto processuale civile, t. 1, n° 54.

(28) Ripert et Boulanger, Traité élém. de dr. civ. de Planiol, t. 2, n° 324.

sanction est le plus souvent l'intérêt de l'un des co-contractants, et celui-ci a, par conséquent, seul qualité pour exercer l'action en nullité. Mais il arrive que la nullité relative soit édictée au profit des tiers et ne puisse donc pas être opposée à ceux-ci par les parties à l'acte nul. Il en est ainsi, par exemple, dans le cas des nullités de sociétés fondées sur un vice de constitution ou un défaut de publicité. Les créanciers sociaux ont certainement qualité pour exercer l'action en nullité puisque la publicité a été imposée dans l'intérêt des tiers et que cet intérêt inspire pour une bonne part les prescriptions légales sur les constitutions de sociétés (29). Mais la nullité présente un caractère relatif puisque les associés, s'ils peuvent toujours entre eux exciper de la nullité de la société (30), ne peuvent cependant pas se prévaloir de leur faute vis-à-vis des créanciers sociaux (31) et les créanciers personnels des associés, selon une partie de la doctrine, se voient même refuser le droit d'agir en nullité (32).

43. *Nullités absolues.* — A l'inverse, la nullité est dite absolue toutes les fois que la règle violée dans la formation de l'acte juridique a pour but de sauvegarder l'intérêt général supérieur de la communauté juridique (33). La nullité absolue peut être invoquée par toute personne qui y a intérêt. C'est à chacun des contractants, tout d'abord, qu'il appartient de se prévaloir de la nullité (34). Mais la nullité peut être soulevée aussi par tous les tiers intéressés tels que les ayants cause à titre particulier et les créanciers chirographaires. Cette règle est reçue certainement en matière de contrats, tels que par exemple le contrat de mariage (35), le contrat de constitution d'hypothèque (36),

(29) Escarra, Manuel de dr. comm., t. 1, n° 582 ; Contra, Hémard, Théorie et pratique des nullités de sociétés et des sociétés de fait, n°s 407 à 411.

(30) Escarra, Manuel de dr. comm., t. 1, n° 581.

(31) Civ., 18 juil. 1906, D., 1906, 1, 2, note Thaller ; Escarra, Manuel de dr. comm., n° 583.

(32) Lacour et Bouteron, Précis de dr. comm., t. 1, n° 269. La jurisprudence est en sens contraire : Civ., 7 juin 1904, D., 1904, 1, 455 ; 22 mars 1922, D., 1925, 1, 150 ; Req., 6 fév. 1893, S., 1896, 1, 114 ; 16 mai 1938, S., 1939, 1, 292.

(33) Ripert et Boulanger, Traité élém. de dr. civ. de Planiol, t. 2, n° 822.

(34) Ripert et Boulanger, Traité élém. de dr. civ. de Planiol, t. 2, n° 833.

(35) Cass., 5 mars 1855, D. 1855, 1, 101, S. 1855, 1, 348 ; Cass., 19 juin 1872, D. 1872, 1, 346, S. 1872, 1, 281 ; Cass., 16 juin 1879, D. 1880, 1, 415, S. 1880, 1, 166 ; Ripert et Boulanger, Traité élém. de dr. civ. de Planiol, t. 3, n° 191.

(36) Civ., 13 nov. 1912, D. 1913, 1, 433, note de Loynes ; Ripert et Boulanger, Traité élém. de dr. civ. de Planiol, t. 2, n° 3674. Voir encore la jurisprudence française et étrangère citée par Guiho, les

ou le contrat de société (37), et, d'une manière générale, pour tous les actes juridiques, comme le mariage (38), les actes de l'état civil (39), la reconnaissance d'un enfant naturel (40) ou pour la séparation de biens judiciaires (41). Le droit d'arguer un contrat de nullité n'a de limites que lorsqu'il s'agit de tiers qui demeurent étranger à l'une et l'autre des parties, ceux qu'on appelle les *penitus extranei* (42).

2° *Actions possessoires.*

44. *Distinction entre les diverses actions possessoires.* — En ce qui concerne les *actions possessoires,* on peut se demander si, activement, celles-ci peuvent être exercées, non seulement par le possesseur, mais encore par un simple détenteur. Pour répondre à cette question, il faut distinguer entre deux catégories d'actions possessoires : la complainte et la dénonciation de nouvelle œuvre, d'une part, la réintégrande d'autre part. La première catégorie, complainte et dénonciation de nouvelle œuvre, entre dans la classe des actions réelles, car la possession, qui présente certaines qualités (43), crée un droit réel (44) qui n'est sans doute qu'un droit auxiliaire du droit réel principal, mais qui est protégé pour lui-même. La réintégrande, au contraire, s'apparente davantage à une action en responsabilité qu'à une action réelle : le dommage subi par le détenteur de l'immeuble est réparé, non par l'octroi de dommages-intérêts, mais par la

actes de disposition sur la chose d'autrui, Rev. Trim. de dr. civ., 1954, p. 14, note 35.

(37) Escarra, Manuel de dr. comm., t. 1, nos 575 et suivants.

(38) Colin et Capitant, Traité de dr. civ., refondu par Julliot de la Morandière, t. 1, n° 604 et suivants.

(39) Civ., 7 août 1883, S. 1884, 1, 5.

(40) Cass. civ., 28 oct. 1953, G.P. 1954, 1, 18, attribuant qualité à la mère d'un enfant naturel pour faire déclarer nulle la reconnaissance faite antérieurement par le père, comme révélatrice d'une filiation adultérine.

(41) Ripert et Boulanger, Traité élém. de dr. civ. de Planiol, t. 3, n° 731 ; Bordeaux, 21 janv. 1953, D. 1953, J. 699, note A. Weill, déclarant recevable l'action en nullité pour exécution tardive de la séparation de biens judiciaire, lorsqu'elle est exercée par la femme. Voir cependant Limoges, 25 fév. 1845, D. 1847, 2, 39, qui a refusé au mari le droit d'opposer la nullité.

(42) Ripert et Boulanger, Traité élém. de dr. civ. de Planiol, t. 2, n° 834. Comparer Req. 3 nov. 1932, D.H., 1932, 569.

(43) Il faut qu'il y ait possession annale et que celle-ci présente les mêmes caractères que celle qui mène à l'usucapion, c'est-à-dire continuité, absence de clandestinité et absence d'équivoque ; Req., 7 juillet 1930, S. 1931, 1, 141 ; Civ., 18 fév. 1931, S. 1931, 1, 34 ; note Gabolde au D.P., 1939, 2, 18.

(44) Ripert et Boulanger, Traité élém. de dr. civ. de Planiol, t. 1, n° 310, p. 162.

réintégration dans la jouissance de l'immeuble ; d'autre part, la nature personnelle de cette action correspond mieux à la préoccupation des juges qui est « le maintien de l'ordre et de la paix publique » (45).

45. *Qualité pour exercer la complainte et la dénonciation de nouvel œuvre.* — Activement, la complainte et la dénonciation de nouvel œuvre sont *données à tous ceux qui exercent un droit réel sur un immeuble de quelque nature qu'il soit :* propriété, usufruit, usage, servitude, emphythéose (46)... Ainsi, a tout d'abord qualité le possesseur de la propriété, même si l'immeuble sur lequel elle s'exerce est un immeuble indivis (47). L'usufruitier exerce aussi ces actions possessoires : on exige seulement que lorsqu'elles sont dirigées contre les tiers, il dénonce au nu-propriétaire toute tentative d'usurpation commise par ceux-ci, car le nu-propriétaire doit être considéré comme possesseur, bien qu'il ne jouisse pas de la chose. Au cas de servitudes, la protection possessoire est accordée aux titulaires de servitudes continues et apparentes (48); au contraire elle est refusée en matière de servitudes non apparentes ou discontinues (49), à moins que le demandeur soutienne, non pas qu'il exerce une servitude, mais qu'il est propriétaire ou copropriétaire du fonds servant (50), ou encore qu'il invoque, pour colorer sa possession, un titre de nature à faire tomber la présomption de précarité ou de tolérance inhérente aux servitudes discontinues, apaprentes ou non apparentes (51), ou qu'enfin la servitude discontinue ou non apparente ne soit établie par la loi elle-même. Ainsi encore, lorsqu'il s'agit d'immeubles faisant partie du domaine public, l'Etat, les départements et les communes ont la faculté de s'opposer par les actions possessoires aux empiètements des particuliers s'ils préfèrent ce procédé à

(45) Aubry et Rau disaient déjà que « la réintégrande est accordée bien moins, pour la garantie et la conservation de la possession que pour la réparation du fait illicite et contraire à la paix publique, dont s'est rendu coupable l'auteur d'une dépossession consommée par la violence ». Après eux, la Cour de Cassation, par un remarquable retour à la conception canonique de la réintégrande que l'ordonnance de 1667 avait abandonnée en soumettant cette action aux mêmes conditions que la complainte, la définit « une mesure d'ordre et de paix publique qui procède du principe que nul ne peut se faire justice à soi-même ». Cass., 4 juin 1904, D. 1905, 1, 475.

(46) Civ., 15 fév. 1926, D.P., 1927, 1, 8, S. 1926, 1, 62 ; 29 mars 1939, D.H., 1939, 338 ; Req., 16 juil. 1935, D.H., 1935, 409.

(47) Civ., 21 fév. 1944, S. 1945, 1, 45.

(48) Req., 26 oct. 1936, G.P., 1936, 2, 926.

(49) Req., 13 juillet 1897, D.P. 1898, 1, 247, pour un cas de droit de passage.

(50) Req., 7 avril 1894, D.P. 1894, 1, 393, note Poncet, S. 1898, 1, 453.

(51) Req., 13 juin 1888, D.P., 1889, 1, 196, S. 1888, 1, 408 ; 14 nov. 1910, D.P. 1911, 1, 63, S. 1911, 1, 96 ; 17 oct. 1928, S. 1929, 1, 54 ; 21 juil.

la voie administrative (52), bien que leur droit sur les immeubles ne soit pas un droit de propriété et quoique d'autre part l'existence d'une chose susceptible de propriété privée soit en principe une condition d'exercice des actions possessoires (53). Les concessionnaires du domaine public eux-mêmes peuvent exercer les actions possessoires contre les tiers qui les troubleraient (54) : si la concession est précaire vis-à-vis de l'administration concédante et si par conséquent les actions possessoires ne sont pas recevables contre celle-ci (56), la précarité est un vice relatif qui ne pourrait être opposé à un concessionnaire par un tiers.

Mais la complainte et la dénonciation de nouvelle œuvre sont, au contraire, refusées aux simples détenteurs précaires. Une jurisprudence constante depuis 1804 a maintenu le principe posé dans l'ordonnance de 1667. Ainsi la voie de complainte est refusée au fermier (57). Le détenteur précaire n'est pas en effet titulaire d'un droit réel opposable à toutes les personnes juridiques; il n'a qu'un droit de créance qui ne s'exerce que contre le cocontractant, en vertu du principe de l'effet relatif des conventions ; et à l'égard de celui-ci les relations juridiques sont réglées par le contrat et non par le jeu des règles applicables dans le domaine des droits réels.

46. *Qualité pour exercer la réintégrande.* — En matière de réintégrande, à l'inverse, la recevabilité est plus large. Ainsi, non seulement la jurisprudence n'exige pas une possession annale ni même continue lorsque l'action est exercée par le possesseur (57), mais elle donne l'action à tout détenteur précaire d'un immeuble (58) : locataire, fermier, créancier antichrésiste, usagers d'eaux de source et des eaux publiques et courantes (59), concessionnaire du domaine public lorsque l'action est dirigée

1930, S., 1931, 1, 128 ; 21 juil. 1932, J.C.P., 1932, II, 892 ; Civ., 20 et 26 déc. 1927, G.P., 1928, 1, 320 ; 6 mai 1930, G.P., 1930, 2, 69.

(52) Req., 9 janv. 1872, D.P. 1872, 1, 41, S. 72, 1, 225.

(53) Pour la complainte et la dénonciation de nouvelle œuvre tout au moins. La jurisprudence n'exige pas cette condition pour la réintégrande, car elle considère celle-ci comme la sanction d'une voie de fait. V. Cass., 25 mars 1857, D. 1858, 1, 315 ; Cass. 24 juil. 1865, D. 1865, 1, 441 ; Cass., 18 juin 1866, D. 1866, 1, 426.

(54) Req., 21 juil. 1887, D.P. 1889, 1, 67, S. 1890, 1, 399 ; Cass. Belg., 31 mars 1898, D.P. 1900, 2, 475.

(55) Req., 26 oct. 1896, D.P. 1897, 1, 245, S. 897, 1, 447.

(56) Cass., 7 sept. 1808, S. 1808, 1, 555.

(57) Req., 14 mars 1876, D.P. 1878, 1, 68, S. 1876, 1, 266.

(58) Req., 22 janv. 1878, D.P. 1878, 1, 316, S. 1878, 1, 216 ; Civ., 4 juin 1904, D.P. 1904, 1, 475, S. 1906, 1, 93 ; Trib. Civ. Rouen, 17 juil. 1928, S. 1928, 2, 169, note Japiot.

(59) Voir note Gabolde, D.P. 1939, 2, 18.

contre l'administration concédante (60), alors que le vice de précarité de son titre lui interdit les autres actions possessoires contre celle-ci (61). La seule condition exigée par la jurisprudence est celle d'une détention paisible et publique (62).

En résumé on peut dire que pour exercer la réintégrande, n'importe quel détenteur est légitimé activement. Mais l'exercice de la complainte et de la dénonciation de nouvel œuvre est réservé au possesseur seul (63).

3° *Actions relatives à l'état des personnes.*

47. *Exemples.* — Certaines actions d'état peuvent être exercées, non seulement par le sujet de l'état juridique litigieux, mais aussi par les tiers intéressés.

Il en est ainsi, dans le domaine de la filiation légitime, des actions relatives à la preuve de la légitimité et à la preuve de la filiation légitime maternelle. L'action en contestation de légitimité, à la différence de l'action en désaveu de paternité qui n'est ouverte qu'au mari, appartient à toute personne intéressée : le père, les parents de celui-ci, les parents de la mère, l'enfant lui-même (64), etc... ; le droit de contester la légitimité d'un enfant n'est pas seulement réservé aux membres de la famille légitime (65), mais il appartient également à la personne qui prétend être le véritable père et qui veut pouvoir reconnaître l'enfant après avoir fait tomber sa légitimité (66). Il y a lieu d'appliquer les mêmes règles si l'action est, non une contestation de légitimité, mais une réclamation de légitimité.

L'action en réclamation d'état est généralement exercée par l'enfant, mais la jurisprudence admet qu'elle peut aussi être intentée par les père et mère de celui-ci (67). La recevabilité du

(60) Civ., 27 fév. 1878, D.P. 1878, 1, 277, S. 1878, 1, 216. Pour un cas de réintégrande donnée contre l'Etat, voir Cass., 21 juil. 1897, D. 1898, 1, 345.

(61) Voir Supra, n° 45.

(62) Req., 14 fév. 1912, S. 1912, 1, 13 ; 21 mai 1928, D.H. 1928, 349 ; Civ., 1er déc. 1929, G.P. 1930, 1, 304.

(63) En matière de cultes également, on se demande si, à défaut d'associations cultuelles, des actions sont ouvertes aux ministres du culte et aux fidèles pour faire respecter l'affectation des édifices et des meubles les garnissant, aux besoins cultuels. La Jurisprudence leur reconnaît un titre légal leur permettant d'agir : Cass., 17 juin 1914, G.P. 1914, 2, et 1915, 259 ; Paris, 8 fév. 1912, Gaz. Trib. 1912, 2, 198.

(64) Colin et Capitant, Traité de dr. civ., refondu par Julliot de la Morandière, t. 1, n° 912 ; Planiol et Ripert, Traité pratique de dr. civ. français, t. 2, La Famille par Rouost, n° 738.

(65) Obs. Gaudemet à la Rev. trim. de dr. civ., 1922, p. 277 ; Contra cependant Trib. civ. Fontainebleau, 10 mai 1922, G.P. 1922, 2, 111.

(66) Voir cependant, Paris, 30 janv. 1924, D.H. 1924, 210.

(67) Req., 6 mai 1941, D.C. 1941, J. 108, note Holleaux, J.C.P. 1942, II, 1819, note Desbois ; Civ., 27 mars 1950, D. 1951, J. 435 ; Paris, 8 mai

désaveu préventif admise par la jurisprudence (68) permet au mari de la mère d'exercer l'action en recherche de maternité légitime, afin de former par la suite le désaveu au moment qu'il croit le plus propice.

L'action en contestation d'état peut être exercée par tout intéressé.

L'action en contestation de la sincérité de la reconnaissance d'un enfant naturel peut aussi être exercée non seulement par l'auteur même de la reconnaissance mensongère et par l'enfant reconnu, mais encore par toutes les personnes qui y ont intérêt, c'est-à-dire soit les père et mère de l'auteur de la reconnaissance et tous les parents de celui-ci qui y ont un intérêt pécuniaire ou moral, soit les donataires et légataires bénéficiant d'une libéralité faite par l'auteur de la reconnaissance, soit les autres enfants naturels de celui-ci, soit encore le véritable père de l'enfant (69).

4° *Actions en matière de libéralités.*

48. *Exemples. — En matière de libéralités,* certaines actions peuvent être exercées par d'autres personnes que l'auteur de la libéralité. Il en est ainsi par exemple de la révocation pour survenance d'enfants dans laquelle toute personne intéressée peut faire constater la révocation de la libéralité à condition qu'elles aient un droit actuel (70).

B. — DIFFICULTES EN MATIERE DE QUALIFICATION PASSIVE

49. *Idée générale.* — De la même manière que l'action constitutive est quelquefois exercée par des tiers intéressés, il arrive aussi que l'action soit dirigée contre d'autres personnes que les sujets de la situation ou du rapport juridique litigieux. Ainsi la revendication peut être dirigée non seulement contre le possesseur, mais contre tout tiers détenteur.

50. *Actions possessoires.* — Dans les actions possessoires, on se demande si la personne passivement qualifiée est seulement

1947, D. 1947, J. 6 ; Douai, 1er juil. 1946, S. 1947, 2, 81, note Lagarde ; Amiens, 29 nov. 1949, G.P. 1950, 1, 210 ; voir Colin et Capitant, Traité de dr. civ., refondu par Julliot de la Morandière, t. 1, n° 884.

(68) Voir en particulier, Civ., 20 juil. 1921, D.P. 1921, 1, 233, note Savatier.

(69) Colin et Capitant, Traité de dr. civ., refondu par Julliot de la Morandière, t. 1, n° 966.

(70) Ainsi les enfants du donateur ne peuvent se prévaloir de la révocation tant que leur père est vivant ; c'est seulement après sa mort que leur droit s'ouvre.

l'auteur du trouble possessoire, ou bien, plus largement, le détenteur actuel de l'immeuble, alors même qu'il n'est pas l'auteur du trouble. Il faut ici encore distinguer entre, d'une part la complainte et la dénonciation de nouvel œuvre, et, d'autre part, la réintégrande.

Passivement, la qualification est plus large dans la complainte et la dénonciation de nouvel œuvre que dans la réintégrande.

Pour celle-ci, en effet, la jurisprudence déclare que, destinée à réprimer un fait de violence, la réintégrande ne peut être dirigée que contre l'auteur de la violence seul, et non contre le tiers détenteur. Du moins peut-on penser que si l'auteur de la violence est le bailleur, le locataire peut exercer la réintégrande contre lui. C'est ce qu'a admis parfois la jurisprudence des juridictions inférieures (71), en tirant des conséquences excessives du caractère personnel de l'action. La Cour de Cassation, au contraire, fait une distinction essentielle : la réintégrande n'est donnée au locataire ou au fermier qu'à l'égard des tiers ; elle est écartée dans les rapports réciproques du locataire et du bailleur, car ceux-ci sont régis par le contrat et la « protection doit être alors recherchée dans l'exercice des actions réelles ou personnelles nées du contrat lui-même et non pas dans l'exercice de l'action possessoire » (72). Si l'on songe que, pour la jurisprudence, la réintégrande est une action donnée en vue d'assurer l'ordre et la paix publique (73), c'est-à-dire qu'elle est donnée contre l'auteur du trouble moins dans l'intérêt personnel du demandeur qu'en vue d'assurer le contrôle juridictionnel de l'activité matérielle des personnes contraire à la « paix publique », il semble qu'il y ait là quelque chose d'analogue à l'exception de recours parallèle dans le recours pour excès de pouvoir en droit administratif.

En matière de complainte et de dénonciation de nouvel œuvre, à l'inverse de ce qui se passe dans la réintégrande, l'action implique une prétention rivale (74), et est exercée contre toute personne dont le comportement implique une contradiction juridique à la possession du demandeur. Ainsi, l'action

(71) Sur l'octroi de la réintégrande au fermier contre le propriétaire, Trib. Paix Aulnay-sous-Bois, 16 juil. 1942, G.P. 1942, 2 ; Rev. trim. de dr. civ., 1943, p. 51 ; au propriétaire contre le locataire, Trib. civ. Seine, 15 déc. 1947, G.P. 1948, 1, 82 ; Trib. Paix Nice, 12 nov. 1947, G.P. 1948, 1, 112, et les obs. Solu à la Rev. Trim. de dr. civ., 1948, p. 232 ; voir en dernier lieu, Trib. civ. Aurillac, 2 nov. 1949, obs. Solets à la Rev. trim. de dr. civ., 1950, p. 76.

(72) Civ., 1er fév. 1922, Rev. trim. de dr. civ., 1922, p. 429 ; Civ., 18 janv. 1949, S. 1950, 1, 147, Rev. trim. de dr. civ., 1950, p. 522, obs. Solles.

(73) Voir supra nº 44.

(74) Soc., 21 fév. 1947, D. 1947, J. 239.

est valablement dirigée d'abord contre l'auteur du trouble (75), en quelque qualité qu'il ait commis ce trouble, quand bien même il n'aurait agi que comme représentant d'un tiers ; la jurisprudence admet, par exemple, que le fermier, auteur du trouble, est valablement assigné, sauf son droit de mettre en cause le bailleur dans l'instance ; il en est de même du cantonnier d'une commune (76). Mais la jurisprudence admet aussi que, lorsqu'il s'agit d'obtenir la restitution de tout ou partie de l'immeuble litigieux, ou de rétablir les choses en l'état où elles se trouvaient avant le trouble, l'action est valablement exercée contre le détenteur actuel de l'immeuble, alors même qu'il n'est pas l'auteur du trouble.

On se demande encore si la rescision pour lésion en matière de vente d'immeubles doit être exercée uniquement contre l'acquéreur ou peut l'être aussi contre le sous-acquéreur. On admet que l'action peut être dirigée contre le sous-acquéreur, puisque celui-ci a la même faculté que l'acheteur primitif d'écarter le vendeur en lui payant le supplément de prix auquel il a droit (art. 1681, alinéa 2, C. Civ.), en vertu d'un droit propre à la différence de ce qui se passe en matière de rescision pour lésion dans le partage où le droit d'option de l'ayant-cause du copartageant, attaqué en rescision, résulte de l'exercice par voie oblique des droits de son auteur (77). L'action en rescision a même été déclarée recevable contre l'Administration de l'Enregistrement qui a exercé le droit de préemption organisé par la loi du 31 déc. 1941 (78).

51. *Action paulienne.* — Dans l'action paulienne, ce n'est pas seulement le débiteur qui a consenti une aliénation en fraude au droit de ses créanciers, qui est qualifié passivement, mais aussi l'acquéreur du bien frauduleusement aliéné (79). On admet même que l'action paulienne puisse être dirigée contre les sous-acquéreurs (80).

§ 2. — *La qualité dans les actions déclaratoires.*

52. *Difficultés pour la qualification passive.* — Dans les

(75) Elle peut être par exemple dirigée contre le nu-propriétaire par l'usufruitier (Colin et Capitant, Traité élém. de dr. civ., refondu par Julliot de la Morandière, t. 1, n° 1904), par le propriétaire indivis contre ses copropriétaires (Civ., 21 janv. 1950, D. 1951, somm. 37).

(76) Cass., 28 juil. 1915, D. 1921, 1, 20.

(77) Lyon, 20 mai 1948, Journal des Notaires, 1949, p. 34, note Javon.

(78) Besançon, 28 juil. 1949, D. 1950, somm. 6.

(79) Ripert et Boulanger, Traité élém. de dr. civ. de Planiol, t. 2, n° 1433.

(80) Ripert et Boulanger, Traité élém. de dr. civ. de Planiol, t. 2, n° 1458.

actions déclaratoires, c'est-à-dire dans les actions qui tendent à la déclaration certaine par le juge de l'existence ou de la non existence d'un droit ou d'une situation juridique (81), la qualification active n'offre pas matière à des observations particulières : est qualifié activement celui qui pourrait exercer l'action correspondante de condamnation ou constitutive (82).

Il n'y a pas de principe analogue pour la qualification passive, car il n'est pas toujours facile de déterminer la personne du défendeur. Il convient de poser au préalable que la sentence déclarative ne peut atteindre son but et créer la certitude juridique sur l'existence ou la non existence d'un droit ou d'une situation juridique, que dans la mesure où elle est propre à produire la chose jugée ; par conséquent l'action devra être exercée contre la personne à l'égard de laquelle il est nécessaire que soit produite la chose jugée pour que l'incertitude sur l'existence de la relation juridique puisse être dite éliminée (83).

Quand la controverse sur un rapport juridique déterminé résulte de la contestation soulevée par l'une même des parties du rapport substantiel, la chose ne présente aucune difficulté : l'action aura pour sujets les personnes mêmes qui sont parties au rapport juridique.

53. *Contestation soulevée par un tiers.* — Mais quand la contestation est soulevée par un tiers, il est évident qu'une déclaration obtenue contre le tiers serait insuffisante à faire naître une chose jugée utile et qu'il serait nécessaire d'appeler en cause aussi l'autre partie ou les autres parties du rapport, bien qu'elles n'aient soulevé aucune contestation et même qu'elles admettent la prétention du demandeur (84). Ainsi le tiers et l'autre partie du rapport sont *conjointement* qualifiés passivement, et, techniquement, la qualification de celle-ci se traduit par une demande en intervention forcée, formée par le demandeur.

Mais il ne convient pas d'aller au delà de ces limites. On ne peut approuver la jurisprudence qui déclare qualifiée passivement l'autre partie du rapport seulement, et non le tiers qui a soulevé la contestation. C'est pourtant la solution adoptée,

(81) Vizioz, Cours de proc. civ., p. 106 ; Fourneau, Pour une conception objective de l'action en justice, n° 138.

(82) Chiovenda, Saggi di diritto processuale, t. 1, p. 82, note 68 ; Istituzioni di diritto processuale civile, t. 1, n° 65 ; Nuovo Digesto Italiano, V° Interesse e legittimazione ad agire, par Costa, n° 4 ; Cass. italienne, 30 juin 1948, Giurisprudenza Cassazione Civile, 1948, 2, p. 211 ; note Micheli.

(83) Chiovenda, Istituzioni di diritto processuale civile, t. 1, n° 65 ; note Micheli précitée.

(84) Chiovenda, op. cit., loc. cit.

à tort, par la Cour de Cassation italienne (85) dans une espèce où, A ayant vendu à B l'immeuble déjà vendu à C, elle admet que dans le procès déclaratoire sur la propriété de la chose vendue intenté par C, est qualifié passivement A et non B. Une telle décision démontre, semble-t-il, comment par une interprétation erronée des principes posés par la théorie dominante sur la qualification passive dans l'action déclaratoire, on risque quelquefois de ne pas discerner le véritable contenu de la prétention et de poser par suite comme objet de la déclaration non le bien contesté ou contestable, mais le rapport juridique initial en considérant comme passivement légitimé le sujet de ce rapport et non celui qui conteste ou est actuellement intéressé à contester la prétention. Dans l'espèce examinée de la Cour suprême italienne, le bien en réalité prétendu et contesté ou contestable n'était pas l'objet du contrat de vente entre A et C, mais la propriété du fonds dont C se prévalait et méconnue ou pouvant l'être par B. Parler ici d'un intérêt de C à faire déclarer l'objet du contrat de vente en confrontation avec le vendeur A équivaut à admettre l'intérêt à obtenir une déclaration autonome sur une quelconque question d'ordre juridique possible relative à un procès, actuel ou potentiel ; équivaut, c'est-à-dire à déroger au principe selon lequel la solution des questions du procès n'est qu'un moyen pour poursuivre actuellement un bien déterminé, au principe de l'existence d'un intérêt né et actuel (86).

Une telle analyse aboutit en outre à préciser l'un des rapports qui existent entre la qualité et l'intérêt, en montrant que selon que la personne que l'on considère comme qualifiée passivement est le tiers qui conteste le droit ou la situation juridique du demandeur ou d'autre sujet du rapport juridique, l'action présente ou non un intérêt suffisamment né et actuel.

§ 3. — *La qualité dans le procès conservatoire.*

54. *Exemples.* — Dans le procès conservatoire, il arrive que le sujet de l'action ne soit pas le titulaire de la situation juridique.

Ainsi, en matière d'absence, toutes les personnes qui y ont intérêt, peuvent demander, au cours de la présomption d'absence, la nomination d'un administrateur provisoire aux biens de l'absent. Les intéressés qualifiés pour agir sont certainement ceux qui ont déjà des droits actuels sur le patrimoine de l'absent (créanciers) ou dont les intérêts sont mêlés aux siens (conjoints, associé), mais aussi les personnes ayant sur ses biens

(85) 30 juin 1948 précité.

(86) Obs. Montesano à la Rivitsa di diritto processuale civile, 1951, II, p. 75-76.

des intérêts subordonnés à son décès (héritiers présomptifs, légataires).

Dans le droit des sociétés, un administrateur provisoire peut être nommé par le juge à la requête, non seulement des organes de la société, mais encore à la demande des associés et même des créanciers sociaux qui, au lieu de demander la mise en faillite de la société, peuvent se borner à demander la nomination judiciaire d'un administrateur provisoire (86 bis).

§ 4. — *La qualité dans l'exercice des voies de recours.*

55. *Principe.* — Dans la matière des voies de recours, le pouvoir d'agir n'appartient, en principe, qu'aux personnes qui ont été parties à la décision attaquée. L'effet relatif de la chose jugée empêche que les tiers aient intérêt à attaquer une décision qui ne leur est pas oposable. De même la personne qui a laissé expirer les délais d'appel et a ainsi laissé le jugement de première instance devenir définitif, ne peut figurer, faute de qualité et d'intérêt, dans la procédure du pourvoi en cassation formée contre l'arrêt de Cour d'appel (87). Si elle a un intérêt pour agir, la personne qui n'a pas été partie à la décision entreprise, doit utiliser la voie de la tierce-opposition.

56. *Jurisprudence.* — Cependant une jurisprudence récente a tendance à admettre le pourvoi formé par une personne qui y a intérêt, sans avoir été partie aux décisions des juridictions inférieures, contre une décision qui, par sa nature, épuise le droit du demandeur au pourvoi sans que cependant il ait été partie en première instance et en appel. Ainsi la Cour de Cassation a déclaré recevable le pourvoi du garant contre une décision intervenu à l'égard du garanti, parce que celle-ci devait nécessairement lui porter préjudice (88).

SECTION II

Incertitude sur le titulaiire du droit

57. *Idée générale.* — Le problème de l'appartenance subjective de l'action se pose encore de manière distincte devant

(86 bis) Lyon, 22 déc. 1910, Journal des sociétés, 1912, p. 51, note H.B.; Req., 1er août 1938, J.C.P. 1938, 11, 843 ; contra, Paris, 26 juil. 1882, Journal des sociétés, 1883, p. 389 ; voir Ch. Lapp, « La nomination judiciaire des administrateurs de sociétés », Rev. trim. dr. comm., 1952, p. 782.

(87) Cass. Civ., 10 juin 1953, J.C.P. 1953, II, note J.S. ; pour un pourvoi contre un arrêté du Conseil de Préfecture, voir C.E., 10 fév. 1943, Cazes, Rec. Leb., 1943, p. 38.

(88) Cass. comm., 26 janv. 1953, Bull. Cass. civ., 1953, III, n° 35.

le juge, lorsqu'il y a incertitude sur le titulaire du droit litigieux. Cette incertitude entraîne par voie de conséquence, l'incertitude sur la personne qualifiée activement ou passivement, puisque la qualité est définie comme l'identité entre les sujets de l'action et les sujets du droit litigieux.

En voici quelques exemples :

58. *Cas de l'usufruit.* — 1° La question peut se poser, par exemple, en matière d'usufruit. Sans doute, l'attribution subjective des actions ne pose pas de problèmes, lorsque le droit prétendu intéresse exclusivement la jouissance du bien sur lequel s'exerce l'usufruit, ou la nue-propriété de celui-ci. Dans le premier cas, l'usufruitier est qualifié activement et passivement : il exerce par exemple l'action confessoire d'usufruit et défend à l'action négatoire ; il a également l'exercice des actions possessoires (89). Dans le second cas, le nu-propriétaire a seul qualité pour exercer les actions relatives à son droit comme par exemple la revendication de la nu-propriété.

Mais il arrive que l'incertitude règne sur l'attribution au nu-propriétaire ou à l'usufruitier d'actions en justice qui semblent toucher aussi bien à la jouissance qu'à la nu-propriété.

C'est ainsi que l'on s'est demandé si l'exercice du droit de reprise de locaux à usage d'habitation ou professionnels appartient à l'usufruitier ou au nu-propriétaire. La Jurisprudence attribue le droit de reprise à l'usufruitier, car ce droit est un des attributs de la jouissance sur l'immeuble sur lequel s'exerce l'usufruit (90). Elle refuse par contre au nu-propriétaire le pouvoir d'exercer ce droit de reprise (91), à moins que l'usufruitier n'ait renoncé à son droit en sa faveur (92). Il semble cependant que la Jurisprudence reconnaisse un certain intérêt au nu-propriétaire dans l'exercice de l'action en reprise, puisqu'elle lui reconnaît le pouvoir de se joindre à l'instance (93).

De même, la jurisprudence attribue qualité à l'usufruitier pour se prévaloir à l'encontre d'un preneur à ferme des droits que l'ordonnance du 17 octobre 1945 reconnaît aux propriétaires ayant consenti le bail puisque ces droits sont relatifs à la jouissance du bien sur lequel il exerce son droit d'usufruit (94).

(89) Colin et Capitant, Traité de dr. civ., refondu par Julliot de la Morandière, t. 1, n° 1904 ; Ripert et Boulanger, Traité élém. de dr. civ. de Planiol, t. 1, n°s 2810 et 3522.

(90) Cass., 20 mars 1930, G.P. 1930, 2, 777 ; Cass. Soc., 26 oct. 1950, Bull. Cass. Civ., 1950, IV, 770 ; voir récemment Cass. Soc., 28 janv. 1954 (motifs), J.C.P. 1954, II, 8045.

(91) Cass., 14 mars 1929, Revue des Loyers, 1929, p. 619 ; Cass., 2 juin 1930, G.P. 1930, 2, 775, Revue des Loyers, 1930, p. 316.

(92) Cass. Soc., 22 mai 1950, J.C.P. 1950, IV, n° 15.

(93) Trib. civ. Lyon, 17 mai 1949, J.C.P. 1950, IV, 16.

(94) Cass. Soc., 15 janv. 1953, Bull. Cass. civ., 1953, IV, n° 43, p. 31.

On s'est encore demandé si l'action en rescision pour lésion d'une vente immobilière formée par un usufruitier devait être déclarée recevable. Une décision (95) a répondu par la négative aux motifs que cette action immobilière excède les pouvoirs très limités concédés à l'usufruitier pour la défense et la sauvegarde de la chose. L'usufruitier n'a même pas pu obtenir la rescision pour la seule jouissance de l'immeuble, l'indivisibilité de l'action en rescision pour lésion s'y opposant.

59. *Cas de remembrement urbain.* — 2° Au cas de remembrement urbain on se demande si les actions relatives à la jouissance des terrains et immeubles compris dans le périmètre syndical, appartiennent à l'ancien propriétaire ou à l'association syndicale de remembrement. En effet, la loi du 12 juillet 1941 (art. 24) pose le principe du transfert de plein droit à l'association syndicale de remembrement par l'arrêté du Commissaire à la reconstruction approuvant les statuts de la dite association de la propriété des terrains et immeubles partiellement bâtis ou totalement détruits par acte de guerre, compris dans le périmètre syndical. Il semble, à la lecture du texte, que l'association syndicale devienne propriétaire plein et entier et que l'ancien propriétaire se trouve dépouillé de tous les attributs attachés à la propriété ancienne. Mais le droit de propriété de l'association syndicale a en réalité un caractère limité et fonctionnel (96) et l'ancien propriétaire dépossédé conserve la jouissance des terrains et immeubles compris dans le périmètre syndical (97). Certains auteurs prétendent même que l'ancien propriétaire a, à l'égard de l'association syndicale, non une « simple faculté » mais une « obligation » de rester en jouissance (98). La jurisprudence, comme conséquence du maintien, à l'ancien propriétaire dépossédé, de la jouissance des terrains et immeubles visés par la loi du 12 juillet 1941, déclare celui-ci recevable à exercer les actions en paiement d'une indemnité d'occupation correspondant au revenu qu'il aurait pu tirer de ses biens (99) et même quelquefois les actions possessoires tendant à la conservation et à la garde de ceux-ci (100).

60. *Cas d'action en responsabilité.* — 3° Dans le domaine de la responsabilité civile, il se pose des questions du même

(95) Trib. civ. Mantes-Gassicourt, 12 août 1951, D. 1951, J., 466.

(96) Note Liet-Veaux sous Trib. civ. Caen, 28 mai 1948 S. 1949, 2, 77 ; voir aussi Trib. Civ. Dunkerque, 19 janv. 1950 (motifs), J.C.P. 1950, II, 5359, note Liet-Veaux, Journal des Notaires, 1950, p. 448, note Morice.

(97) Arrêté du 11 oct. 1946, art. 44.

(98) Sur ce point voir Liet-Veaux, Seguin et Planadevall, Traité de remembrement urbain et de reconstruction collective, 1949, p. 89.

(99) Cass. comm., 28 oct. 1952, G.P. 1953, 1, 18.

(100) Trib. civ. Dunkerque, 19 janv. 1950, précité.

ordre. On s'est demandé si la personne légitimée passivement au cas de responsabilité du fait des choses était le gardien de la chose dommageable ou son propriétaire. La jurisprudence, attachant à la notion de garde une importance de premier ordre (101), déclare que la responsabilité du fait des choses est édicté non contre le propriétaire de la chose mais contre le gardien de celle-ci (102). En règle générale c'est le propriétaire qui a la garde et l'usage de la chose : sa responsabilité est alors mise en cause, non en sa qualité de propriétaire, mais en sa qualité de gardien. Le gardien peut aussi être non plus le propriétaire de la chose, mais toute personne qui exerce sur celle-ci un pouvoir de fait (103), comme le possesseur de la chose, même si la possession est viciée dans son origine (cas du voleur), ou le simple détenteur (104).

De même, on se demande si l'action en réparation des dommages résultant de l'inexécution du contrat de transport appartient activement à l'expéditeur ou au destinataire après l'enlèvement de la marchandise au cas d'inexécution du contrat de transport (105).

(101) Ripert et Boulanger, Traité élém. de dr. civ. de Planiol, t. 2, n° 1068.

(102) Cass. civ., 5 juil. 1948, J.C.P. 1948, II, 4595, note Cavarroc ; voir encore récemment Poitiers, 29 oct. 1952, G.P. 1953, 1, 14.

(103) Ripert et Boulanger, Traité élém. de dr. civ. de Planiol, t. 2, n° 1070.

(104) Civ., 28 mai 1941, D.H. 1941, p. 306 ; 24 nov. 1941, D.A. 1942, 51 ; Lyon, 25 oct. 1943, G.P. 1943, 2, 238.

(105) Cf. Cass. Italienne, 4 juin 1952, Giurisprudenza Italiana, 1952, t. 1, colonne 101, note Allorio.

Chapitre II

LA QUALITE DU REPRESENTANT

61. *Définition de la représentation dans l'action.* — Il n'y a pas que le titulaire du droit qui ait qualité pour agir. Il arrive, en effet, que la qualité appartienne, activement et passivement, au représentant du titulaire du droit, qui agit alors en cette « qualité de représentant » (1).

Il y a représentation dans le pouvoir d'agir lorsqu'une personne, appelée représentant, ayant exercé une action en justice au nom et pour le compte d'une autre personne, dénommée représentée, les conséquences de l'action ne se produisent pas à l'égard du représentant qui l'a exercée, mais se réalisent directement dans la personne et dans le patrimoine du représenté (2).

62. *Utilité pratique.* — La représentation dans le pouvoir d'agir est admise dans notre droit moderne de la procédure. Grâce à elle, une personne incapable d'exercer les actions en justice relatives à sa personne ou à son patrimoine obtient que le juge se prononce sur les litiges relatifs aux droits dont elle a la jouissance, par l'action de son représentant légal ; en ce qui concerne les personnes morales qui, sans être incapables, sont dans l'impossibilité matérielle d'agir par elles-mêmes, la représentation leur permet d'obtenir que le juge tranche les conflits, relatifs à leurs droits ; enfin, la représentation permet à l'intéressé majeur et capable, à qui il est incommode ou impossible de saisir le juge, d'être considéré comme partie au jugement, s'il a donné procuration à un représentant d'agir en son nom.

Il faut examiner d'abord les conditions requises pour qu'il y ait représentation dans le pouvoir d'action, il faudra ensuite en dégager les effets.

(1) Japiot, Traité élém. de proc. civ. et comm., n° 69.

(2) Comparer la définition de la représentation dans les actes juridiques en général : Colin et Capitant, Traité de dr. civ., refondu par Julliot de la Morandière, t. 1, n° 102 ; Ripert et Boulanger, Traité élém. de dr. civ. de Planiol, t. 2, n° 306. Sur la notion de représentation dans les contrats : Ripert et Boulanger, Traité élém. de dr. civ. de Planiol, t. 2, n° 117 ; Planiol et Ripert, Traité pratique de droit civil français, t. 6, obligations, par P. Esmein, n° 54.

SECTION I

Les conditions de la représentation dans le pouvoir d'action

63. *Enumération.* — Les conditions de la représentation dans le pouvoir d'action sont au nombre de trois : il faut que le représentant ait le pouvoir de représenter ; qu'il manifeste une volonté propre de mettre le juge en contact avec le litige ; enfin qu'il ait l'intention de faire naître les conséquences de l'action sur la tête et dans le patrimoine du représenté.

C'est à celui qui prétend que ces conditions sont réalisées, qu'il appartient d'en établir l'existence (3).

§ 1er. — *Le pouvoir de représenter.*

64. *Origine du pouvoir de représenter.* — La représentation dans l'action suppose d'abord l'existence du pouvoir du représentant (4). En conséquence, une personne ne peut pas agir en justice pour les intérêts d'autrui en qualité de gérant d'affaires d'une autre, puisqu'il lui est impossible de justifier en pareil cas d'un pouvoir suffisant, exprès ou implicite (5). Le pouvoir de représenter est conféré soit par la loi ou par le juge, soit par le représenté lui-même.

C'est la loi qui, parfois, confère le pouvoir d'agir comme représentant. Dans la matière des incapacités, elle confère cette qualité au père, administrateur légal des biens de son enfant mineur, au tuteur du mineur ou de l'interdit. La loi confère encore le pouvoir d'agir au conseil judiciaire du prodigue et au curateur du mineur émancipé : ici le conseil et le curateur ne représentent, d'ailleurs, pas l'incapable, ils l'assistent dans l'exercice des actions. En matière de représentation des personnes morales, la loi attribue le plus souvent le pouvoir d'agir en justice pour le compte du groupement à ses dirigeants ; cependant lorsque le groupement a une origine conventionnelle, la volonté des parties peut modifier le contenu des pouvoirs octroyés par la loi, soit pour l'élargir soit pour le restreindre. En droit maritime, la loi considère le capitaine du navire comme le représentant de l'armateur dans les actions relatives au na-

(3) Cf. infra, n° 367.

(4) Japiot, Traité élém. de proc. civ. et comm., n° 70.

(5) Japiot, Traité élém. de proc. civ. et comm., n° 70 ; Morel, Traité élém. de proc. civ., p. 241, note 2 ; Voir encore supra n° 39.

vire (6). Si cependant le capitaine a un intérêt personnel à agir, il n'y a pas représentation du propriétaire du navire (7).

Dans d'autres cas, c'est le juge qui détermine les pouvoirs de la personne désignée pour agir en qualité de représentant : il en est ainsi du mandataire « ad litem » chargé d'exercer une action relative au droit de l'aliéné interné non interdit, de l'administrateur provisoire de société.

Il arrive enfin que le représentant tienne son pouvoir du représenté lui-même. On dit qu'il y a représentation volontaire.

65. *Plan.* — Les deux premiers cas de représentation, représentation légale et judiciaire, peuvent être groupés en une seule catégorie, car dans les cas de représentation judiciaire, c'est en définitive à la loi autant qu'à la décision du juge qu'il convient de se référer pour la détermination des pouvoirs du représentant (Loi du 30 juin 1838, art. 3, sur le mandataire « ad litem » de l'aliéné interné et non interdit) (8).

En revanche, il faut distinguer entre le pouvoir d'agir pour le compte des incapables et la qualité pour agir au nom d'une personne morale.

D'autre part, la représentation volontaire nécessite un examen particulier, car le pouvoir du représentant est subordonné à des règles spéciales.

A. — LA REPRÉSENTATION EN JUSTICE DES INCAPABLES

66. *Idée générale.* — Lorsque le titulaire du droit litigieux est incapable d'exercer en justice les actions relatives à ce droit, en raison de son âge, de son état mental ou d'une sanction résultant d'une condamnation grave prononcée contre lui, une autre personne a qualité pour faire valoir son droit en justice.

1° *Nature et caractères du pouvoir d'agir de celui qui fait valoir en justice le droit de l'incapable.*

67. *Distinction de la représentation et de l'assistance.* — Suivant la gravité de l'incapacité qui frappe le titulaire du droit, le pouvoir de celui qui agit dans l'intérêt de l'incapable est de nature différente : si l'incapable est dans l'impossibilité de manifester une volonté d'agir quelconque ou si la loi le lui interdit en raison d'une condamnation pénale grave, il y a repré-

(6) Rennes, 28 janv. 1902, Conclusions de l'Avocat Général Matter, G.P., 1902, 1, 367 ; Cass. Comm., 26 juin 1950, Bull. Cass. civ., 1950, II, 157.

(7) Pour un exemple d'intérêt personnel du capitaine, voir Cass., 24 janv. 1910, S. 1913, 1, 239.

(8) Japiot, Traité élem. de proc. civ. et comm., n° 72.

sentation dans l'action ; si l'incapable peut, au contraire, manifester sa volonté et a seulement besoin d'être contrôlé, il est assisté par un tiers.

Tantôt l'incapable sera représenté en justice : c'est le cas du mineur non émancipé, de l'interdit judiciaire et de l'interdit légal représentés par l'administrateur légal et le tuteur ; c'est alors le représentant qui agit seul pour le compte de l'incapable.

Tantôt l'incapable saisit lui-même le juge, mais avec l'assistance d'un tiers : c'est le cas du prodigue et du mineur émancipé qui agissent avec l'assistance du conseil judiciaire et du curateur. Ces personnes ne représentent pas l'incapable : c'est l'incapable qui agit par lui-même et les jugements obtenus dans des instances où le conseil aurait agi par représentation seraient sans effet pour ou contre l'incapable (9). Elles ne se bornent pas, non plus, à lui donner l'autorisation d'agir, comme celà se fait toutes les fois que les conditions de l'acte peuvent être déterminées à l'avance. Il s'agit d'une assistance véritable : c'est pourquoi la jurisprudence exige que le conseil judiciaire et le curateur soient mis en cause (10). Cette particularité du droit judiciaire consistant dans l'assistance effective et permanente, s'explique parce qu'un incident peut toujours surgir (11). Ainsi l'on peut dire que, pour le conseil et le curateur, l'assistance est une question de qualité (12).

Cependant la jurisprudence admet qu'exceptionnellement le conseil judiciaire représente l'incapable. Elle l'a admis pour l'exercice de l'action en nullité des actes passés par l'incapable sans l'assistance de son conseil, alors qu'elle était requise. Laisser à l'incapable seul, l'exercice de l'action en nullité des actes irréguliers rendrait à peu près illusoire la protection accordée par la loi. C'est pourquoi les tribunaux ont reconnu qualité au conseil pour exercer lui-même, au nom de l'incapable, l'action en nullité (13) et pour interjeter appel sans le concours du prodigue (14).

(9) Paris, 23 août 1865, D. 1867, 1, 481.

(10) Pour le Conseil Judiciaire, Cf. Civ. 1er fév. 1876, D. 1876, 1, 80, S. 1876, 1, 153 ; Nancy, 24 fév. 1892, D. 1892, 2, 293. Ripert et Boulanger, Traité élém. de dr. civ. de Planiol, t. 1, nos 2360 et 2484.

(11) Cass., 1er fév. 1876, D. 1876, 1, 80, S. 1876, 1, 153.

(12) A la différence de la simple autorisation que le Conseil de préfecture doit donner au maire pour exercer les actions de la commune autres que les actions possessoires, à défaut d'approbation du Conseil municipal (loi du 8 janvier 1905 art. 5).

(13) Cass., 29 juin 1881, D. 1892, 1, 33, S. 1892, 1, 125 ; Paris, 5 avril 1887, D. 1888, 2, 220 ; Réq., 4 juin 1896, D. 1897, 1, 404, S. 1897, 1, 113, note Lyon-Caen.

(14) Réq., 3 juin 1942, G.P., 30 juil. 1942 ; Cass. belge, 2 nov. 1900, D. 1902, 2, 349.

68. *Généralité du pouvoir du représentant et de l'assistant de l'incapable.* — Le pouvoir de celui qui agit au nom de l'incapable résulte de la loi ou d'une décision de justice.

Le plus souvent il a un caractère général et permet donc d'intenter tous les procès realtifs aux droits de l'incapable, sauf exception. Il en est ainsi de l'administrateur légal et du tuteur de l'interdit judiciaire ou légal. Quant au Conseil judiciaire, on lui attribue qualité pour assister le prodigue dans tous les procès, en principe ; la jurisprudence applique très rigoureusement la défense de plaider sans l'assistance (15) quelle que soit la nature de la contestation, actions d'état ou actions de caractère patrimonial (16), la loi exige l'assistance du conseil dans les transactions (Code civil art. 499 et 513) et le compromis (arg. art. 1003 C. P. C.) : il n'y a guère que les procès conservatoires que le prodigue peut faire seul (17).

Quelquefois les représentants légaux ont un mandat spécial. Ainsi s'il est nécessaire de plaider pour l'aliéné interné, le tribunal doit nommer un mandataire spécial (loi du 30 juin 1838, art. 33); l'administrateur provisoire ne peut pas en effet figurer dans l'instance au nom de l'aliéné, même en défendant à l'action (18). D'autre part, le tuteur ad hoc est un tuteur à mandat limité qui représente l'incapable dans certains procès, par dérogation à la règle selon laquelle, au cas d'opposition d'intérêts entre le tuteur et le pupille, celui-ci est représenté par le subrogé-tuteur ; le tuteur ad hoc défend par exemple à l'action en désaveu de paternité pour le compte de l'enfant (19).

2° Etendue du pouvoir.

69. *Actions que le représentant de l'incapable peut exercer seul.* — Le pouvoir du représentant de l'incapable a, en principe, une portée absolue : la loi ou le juge lui confère qualité pour agir seul, sans autorisation. Exceptionnellement, la personne qui agit doit être munie d'une autorisation préalable de

(15) Rennes, 3 janv. 1880, D.P. 1850, 2, 254, S. 1882, 2, 174 ; Paris, 3 mars 1898 sous Civ. 4 nov. 1901, D.P. 1902, 1, 185 ; Amiens, 21 juil. 1880, S. 1882, 2, 76 ; Trib. Grenoble, 21 janv. 1909, Recueil Grenoble, 1909, p. 177.

(16) Limoges, 2 juin 1856, D. 1857, 2, 26, S. 1856, 2, 601 ; Toulouse, 11 août 1884, S. 1885, 2, 78. Voir pour la demande de mainlevée de l'opposition faite à son mariage (Toulouse précité), pour la demande en divorce (Trib. Seine, 2 mars 1935, G.P. 1935, 1, 952).

(17) Réq., 22 janv. 1901, D.P. 1901, 1, 94, S. 1901, 1, 133.

(18) Réq., 15 juin 1930, S. 1930, 1, 16.

(19) Cette règle a un caractère spécial et ne doit pas être appliquée à l'action en contestation de légitimité ; en pareil cas, c'est le subrogé tuteur qui représente l'enfant (Civ., 7 juil. 1910, D. 1912, 1, 62, S. 1914, 1, 273, note Loubers ; Planiol et Ripert, Traité pratique de droit civil français, t. 2. La Famille, par Rouast, n° 739).

nature à lui conférer qualité pour l'exercice de certaines actions. Il arrive enfin que cette personne soit sans qualité pour exercer certaines actions que l'incapable peut exercer seul.

Généralement, la personne qui représente l'incapable a le pouvoir d'agir seule, sans autorisation préalable.

Le tuteur du mineur a qualité pour agir, sans autorisation préalable, toutes les fois que la loi ne restreint pas ses pouvoirs il exerce seul les actions mobilières quel que soit le rôle du pupille dans l'instance, demandeur ou défendeur ; il peut ainsi, par exemple, exercer seul l'action en réparation du dommage, même immobilier, causé à son pupille, car l'action en responsabilité est une action mobilière (20) et y défendre seul (21). Le tuteur exerce seul encore les actions possessoires (22) : ces actions, qui sont de la compétence du juge de paix, n'engagent pas le fond du droit ; ce sont des actes conservatoires qui rentrent ordinairement dans les pouvoirs des simples administrateurs (23). On lui reconnaît encore le pouvoir de défendre seul à une action immobilière intentée par un tiers, car la loi n'exige l'autorisation du Conseil de famille que lorsque le tuteur veut intenter l'action. Pour les actions relatives à l'état des personnes, on attribue au tuteur qualité pour exercer seul les actions relatives à l'état du mineur, soit comme demandeur, soit comme défendeur, sans condition ni restriction (24) ; seule l'action en recherche de la paternité naturelle lui échappe lorsque l'enfant a encore sa mère vivante et que celle-ci l'a reconnu : la mère a seule qualité pour agir même si elle n'a pas la tutelle (25). La jurisprudence reconnaît même qualité au tuteur, pour exercer seul les actions qui sont relatives à l'état d'un tiers comme par exemple l'action tendant à faire interdire un parent de l'incapable ou à le pourvoir d'un Conseil judiciaire (26). On lui permet encore d'acquiescer seul à une demande ou à une décision intervenue en matière mobilière (27).

Le tuteur de l'interdit judiciaire a les mêmes pouvoirs

(20) Poitiers, 24 janv. 1936, S. 1936, 2, 144.

(21) R. Savatier, Traité de la responsabilité civile, t. 2, nos 626 et 630.

(22) Ripert et Boulanger, Traité élém. de dr. civ. de Planiol, t. 1, no 2294 ; Colin et Capitant, Traité de dr. civ., refondu par Julliot de la Morandière, t. 1, no 1216.

(23) Ripert et Boulanger, Traité élém. de dr. civ. de Planiol, t. 1, no 2294.

(24) Paris, 21 août 1841, S. 1841, 2, 488 ; Grenoble, 14 fév. et 5 déc. 1883, S. 1884, 2, 73.

(25) Trib. Nice, 28 déc. 1927, S. 1929, 2, 6 ; Réq., 14 janv. 1930 (motifs), G.P., 1930, 1, 501.

(26) Lyon, 24 fév. 1859, S. 1859-2-655 ; Caen, 31 mars 1861, D. 1863-1-279, S. 1862-2-484.

(27) Civ., 9 juil. 1924, D. 1926-1-38, S. 1924-1-271.

que celui du mineur ; l'art. 509 C. Civ. assimile, en effet, l'interdit au mineur pour sa personne et pour ses biens. Ainsi la jurisprudence déclare le tuteur recevable à exercer seul les actions relatives à l'état de l'intérêt judiciaire, comme l'action en nullité de mariage (28) et l'action en désaveu de paternité (29).

En ce qui concerne l'administrateur légal du mineur, l'art. 389 du Code Civil décide qu'il peut accomplir seul les actes que le tuteur peut faire seul ou autorisé par le Conseil de famille et que l'autorisation du tribunal est nécessaire pour les actes qui, en matière de tutelle, sont soumis à l'homologation de la justice. Ainsi l'administrateur légal peut exercer seul toutes les actions du mineur même celles qui sont relatives aux droits immobiliers de celui-ci.

70. *Actions pour lesquelles une autorisation est nécessaire.* — L'exercice de certaines actions échappe toutefois à la libre volonté du représentant. Celui-ci ne possède alors qu'un « germe » de pouvoir qui doit être complété par une autorisation préalable pour qu'il ait qualité pour agir. L'autorisation émane du Conseil de famille ou du tribunal.

En ce qui concerne le tuteur du mineur et de l'interdit, l'autorisation est requise pour les actions relatives aux droits immobiliers, l'action en partage et la transaction. Le tuteur a besoin de l'autorisation du Conseil de famille d'abord pour introduire une action relative aux droits immobiliers de l'incapable (art. 464 Code Civil) et pour acquiescer à une demande relative à ces mêmes droits qui serait formée contre lui (30) ; il en résulte que, s'il exerce une action de ce genre sans être muni d'une autorisation régulière, il ne représente pas valablement le mineur et la personne qu'il poursuit peut soulever son défaut de pouvoir car nul ne peut être forcé de plaider avec un adversaire sans qualité (31). Pour l'action en partage, le tuteur doit être muni de l'autorisation du Conseil de famille pour provoquer le partage, au cas de désaccord entre les héritiers (art. 465 et 817 du Code Civil) ; il en serait autrement s'il devait seulement défendre à l'action introduite par un co-héritier de l'incapable et lorsque, les formes judiciaires étant imposées à raison de l'état de minorité sans qu'il y ait cependant désaccord entre les héritiers, il doit se joindre à la demande en

(28) Cass., 26 fév. 1890, D. 1890-1-290, S. 1890-1-216.

(29) Cass., 24 juil. 1844, D. 1844-1-424, S. 1844-1-626 ; Caen, 14 déc. 1876, D. 1877-2-146, S. 1877-2-54 ; Grenoble, 5 déc. 1883, S. 1884-2-73 ; Toulouse, 20 juin 1945, D. 1946-1-275, S. 1947-2-22.

(30) Cass. chambrées réunies, 22 mars 1897, D.P. 1897-1-277, S. 1897-1-309 ; Civ., 9 juil. 1924, D. 1926-1-38, S. 1924-1-271.

(31) Ripert et Boulanger, Traité élém. de dr. civ. de Planiol, t. 1, nº 2293.

partage introduite par requête collective (loi du 15 décembre 1921) : dans ce cas, l'autorisation du Conseil de famille n'est pas nécessaire. En matière de transaction enfin, la loi exige l'autorisation du Conseil de famille et l'homologation du tribunal ; de plus, la transaction doit être précédée de l'avis donné par trois avocats (32) : ces formalités sont nécessaires alors même que la transaction porte uniquement sur des droits purement mobiliers (33) ou est relative à un acte d'administration (34).

Pour ce qui est de l'administrateur légal, l'autorisation de justice est requise lorsqu'il transige sur les droits de son fils.

71. *Actions pour lesquelles le représentant de l'incapable est sans qualité.* — Il y a enfin des actions en justice que l'incapable peut exercer seul et pour lesquelles son représentant est sans qualité.

La personne qui représente et celle qui assiste l'incapable n'ont pas qualité pour défendre à l'action publique dirigée contre celui-ci. La jurisprudence décide que le père d'un enfant mineur n'a pas qualité pour se substituer à son fils, personnellement poursuivi devant une juridiction répressive (35) et que le Conseil judiciaire n'est pas qualifié pour assister le prodigue qui défend à l'action publique (36). La Cour de Cassation admet, au surplus, que la faculté de défendre à l'action publique entraîne nécessairement celle de repousser l'action civile et décide que le prodigue n'a donc pas besoin du Conseil pour défendre à l'action civile devant une juridiction répressive (37).

Echappent encore aux pouvoirs du représentant légal de l'incapable, certaines actions à caractère strictement personnel. Le tuteur de l'interdit juriciaire ne peut pas demander le divorce au nom de celui-ci ; il peut seulement demander la séparation de corps (Code Civil, art. 307, al. 2). Si cependant la demande en divorce est introduite par le conjoint de l'interdit, celui-ci sera nécessairement représenté par son tuteur (38). Ces règles sont appliquées au cas où l'aliéné est interné sans être interdit. La demande ne peut pas être formée en son nom par un mandataire "ad litem" ; s'il s'agit d'y défendre, il est repré-

(32) Réq., 13 mai 1922, S. 1923-1-132.

(33) Paris, 15 août 1871, D. 1872-2-455, S. 1871-2-198 ; Colmar, 12 mars 1927, D.H. 1927-325.

(34) Trib. paritaire de la Force, 12 nov. 1947, D. 1949-155, note R.S.

(35) Montpellier, 15 juil. 1948, J.C.P. 1950, II, 5240, note Brouchot.

(36) Colin et Capitant, Traité de dr. civ., refondu par Julliot de la Morandière, t. 1, n° 1376.

(37) Crim., 22 fév. 1896, S. 1898-1-377, note Roux.

(38) Caen, 20 nov. 1912, D. 1914-2-12, S. 1913-2-100.

senté par un mandataire spécial (39). Le tuteur de l'interdit légal ne peut pas, non plus, prendre l'initiative de la demande en divorce pour le compte de l'interdit ; l'article 234, al. 3 du Code Civil dispose en effet qu'au cas d'interdiction légale résultant d'une condamnation, la requête à fin de divorce ne peut être présentée par le tuteur que sur la réquisition ou avec l'autorisation de l'interdit. On refuse encore au tuteur de l'interdit légal le pouvoir de prendre l'initiative d'une action en désaveu de paternité (40). Dans la matière de la recherche de la paternité naturelle encore, la jurisprudence refuse l'action au représentant légal de la mère mineure, pendant la minorité de l'enfant : la mère a seule qualité pour agir bien qu'elle soit encore mineure (41), à la condition d'avoir reconnu l'enfant.

On reconnaît aussi à l'incapable le droit d'exercer les actions relatives à son incapacité ; il semble qu'alors son représentant soit sans qualité, car l'organisation de la représentation des incapables est sans utilité pour les actes que l'incapable peut faire seul. On reconnaît ainsi à l'interdit judiciaire le droit de faire appel du jugement le déclarant en état d'interdiction judiciaire et de demander la mainlevée de l'interdiction (42). La jurisprudence de son côté, admet que le prodigue et le faible d'esprit peuvent, sans assistance, faire appel du jugement de nomination de leur propre conseil judicaire (43) ou défendre à une demande d'interdiction (44).

B. — LA REPRESENTATION EN JUSTICE DES PERSONNES MORALES

72. *Rôle des représentants des personnes morales.* — Les personnes morales sont dans l'impossibilité matérielle d'agir elles-mêmes ; cette impossibilité ne résulte pas d'une incapacité, mais de la nature des choses. Dès lors, elles ne peuvent agir en justice que par un représentant dont le nom et la qualité doivent être indiqués dans les actes de l'instance. Une action introduite par une société désignée par sa raison sociale sans plus de précisions serait irrecevable par ce qu'une telle expression

(39) Loi du 30 juin 1838, art. 33. Comparer Bordeaux, 18 juil. 1888, D. 1890-2-51.

(40) Chambéry, 28 janv. 1862, S. 1862-2-481.

(41) Amiens, 7 juin 1948, G.P. 1948-2-176 ; Civ., 6 oct. 1953 (solution implicite), J.C.P. 1953, II, 7853, note Madray.

(42) Ripert et Boulanger, Traité élém. de dr. civ. de Planiol, t. 1, n° 2446 ; Colin et Capitant, Traité de dr. civ., refondu par Julliot de la Morandière, t. 1, n° 1348.

(43) Rennes, 14 déc. 1893, D.P. 1894-2-88, S. 1895-2-135.

(44) Paris, 3 mars 1898, sous civ., 4 nov. 1901, D.P. 1902-1-185.

ne fait pas connaître quelle est la personne qui agit au nom de la société, ni si elle possède la qualité nécessaire (45).

L'activité du représenté ne peut pas ici se séparer de celle du représentant. Celui-ci est considéré comme « la personne morale elle-même » comme « la partie en personne ». C'est pourquoi toutes les activités attachées exclusivement à la qualité de parties à l'instance et normalement accomplies par le représenté, peuvent être exercées par le représentant légal de la personne morale : ce'st lui qui comparait lorsque le tribunal a ordonné la comparution personnelle, qui prête serment au cas où il est déféré par le juge, etc... D'autre part, le changement de la personne qui représente le groupement n'a pas d'importance sur le sort des actes faits au nom de la société et notamment l'exercice des actions en justice (46) ; il importe alors de déterminer si le représentant a agi au nom de la personne morale ou en son nom propre (47).

On va examiner qui a qualité pour agir en justice pour le compte des personnes morales de droit privé, puis quels sont les agents des collectivités publiques qui les représentent en justice.

1° *La représentation des personnes morales de droit privé.*

73. *Le représentant est un organe de la personne morale.* — Le droit classique considérait les représentants des personnes morales de droit privé comme les mandataires des membres du groupement. Ceci est inexact car ils sont le plus souvent nommés à la majorité des membres et non par tous, et surtout ils ont des pouvoirs qui n'appartiennent pas à ceux-ci : ce sont des pouvoirs propres d'agir en justice. C'est pourquoi on dit que les représentants de la personne morale sont les organes de celle-ci (48). La détermination des organes qualifiés

(45) Soc., 5 janv. 1948, Bull. Cass. civ., 1949, III, n° 1, p. 42. Cette décision est intervenue dans la matière du pourvoi en cassation formé dans les affaires où les parties sont dispensées du ministère d'avocat au conseil. On comprend bien, ici, l'exigence de la Cour de Cassation, puisque le représentant doit être muni d'un pouvoir spécial pour effectuer la déclaration de pourvoi. Mais il faut appliquer cette règle, de manière très générale, à toutes les actions exercées au nom d'une société et même de toute personne morale.

(46) G. Ripert, Traité élém. de dr. comm., n° 603.

(47) G. Ripert, op. cit., loc. cit. Cf. par exemple Trib. civ. Lyon, 14 juin 1902, G.P. Table quinquennale, 1902-1907, V° Action, n° 6, estimant qu'est recevable à réclamer le montant d'un billet signé en reconnaissance d'un prêt fait sur des fonds appartenant à des œuvres charitables, le curé de la paroisse bénéficiaire qui établit que son prédécesseur, qui avait prêté ces fonds, ne les détenait qu'en raison des fonctions qu'il occupait et n'avait pu consentir à ce prêt qu'en cette qualité, et non point en son nom personnel.

(48) Voir à propos des représentants de la Société : G. Ripert,

pour exercer en justice les actions sociales et l'étendue de leur faculté d'action est réglementée par la loi ; cependant lorsqu'il s'agit d'une personne morale créée par la convention des parties, la volonté des parties étant libre, en principe, a une grande importance pour la délimitation des pouvoirs des organes sociaux (49).

La société est une bonne illustration de ces principes. Nous allons indiquer quels sont les organes qualifiés pour agir en son nom. Nous mentionnerons ensuite quelques particularités relatives à la représentation des autres personnes morales de droit privé.

a) *Organes qualifiés pour représenter les sociétés.*

74. *Représentants légaux des sociétés.* — Il faut distinguer entre la situation normale d'une société et les situations exceptionnelles où elle doit être pourvu d'un administrateur provisoire ou d'un liquidateur.

Habituellement, les sociétés sont représentées en justice par un organe social. Le personnel salarié est sans qualité pour agir ; il en est de même des associés et à plus forte raison des tiers. La société en nom collectif est représentée par son gérant.

En ce qui concerne la société à responsabilité limitée, leurs gérants ont qualité pour exercer toutes les actions sociales en toutes circonstances. Le pouvoir des gérants n'est pas restreint aux actions relatives à l'administration de la société. La jurisprudence leur reconnaît le pouvoir de représenter la société dans les actions étrangères à son administration et de nature à porter atteinte aux droits personnels des associés : ainsi la Cour de Cassation a décidé que la S.A.R.L. est valablement reprsentée par son gérant dans une action en nullité de la société exercée par un tiers et par voie de conséquence, a déclaré irrecevable la tierce opposition formée contre le jugement de nullité par un associé qui, à l'encontre du demandeur en nullité, n'avait pas d'intérêts opposés à ceux de la société et de son gérant (50).

Pour la société anonyme, on considérait le conseil d'administration comme son représentant légal avant la loi du 16 novembre 1940. Celui-ci n'agissait pas en son nom propre, car il ne constitutait pas un groupement doté de la personnalité juridique, mais comme représentant de la société ; en cette qualité il saisissait le juge soit par l'intermédiaire de son pré-

Traité élém. de dr. comm., n° 584 ; Escarra et Rault, Les Sociétés commerciales, n° 1, p. 6.

(49) Japiot, Traité élém. de proc. civ. et comm., p. 69.

(50) Cass. com., 20 avril 1953, Bull. Cass. civ., 1953, III, n° 139, p. 97.

sident (51), soit par l'administrateur-délégué lorsqu'il en a été désigné (52) et à la condition de n'avoir pas été déchu du droit d'administrer et de diriger une société par actions (53). La loi du 16 novembre 1940 a confié au Président du Conseil d'Administration la direction générale de la société ; depuis cette loi il ne peut plus exister d'administrateur-délégué. C'est le Président-Directeur Général qui, maintenant, agit en justice pour le compte de la société. Il n'est pas un simple mandataire du Conseil d'Administration : celui-ci est en effet dessaisi de tous les pouvoirs de direction en faveur du Président et ne conserve que le pouvoir général d'orientation et de délibération. Il possède un pouvoir propre d'agir en justice, il est la société elle-même. La Cour de Cassation en tire la conséquence qu'il n'a pas besoin d'un pouvoir spécial résultant d'une délibération du Conseil d'Administration pour former un pourvoi en Cassation dans les matières où les parties sont dispensées du ministère d'un avocat aux Conseils (54) ; la Cour Suprême décide encore que, lorsque les parties ont l'obligation de comparaître en personne, c'est le Président-Directeur Général qui doit comparaître (55).

Les sociétés nationales sont représentées habituellement par leur Directeur Général. Cependant elles peuvent être représentées par un ministre dans certaines matières spéciales. Le Conseil d'Etat a, par exemple, décidé qu'en matière d'épuration administrative, le Ministre des Travaux Publics et le Préfet, quoiqu'agissant au nom de l'Etat, étaient aussi les représentants légaux de la S.N.C.F. ; il a, par voie de conséquence, déclaré irrecevable la tierce opposition formée par la S.N.C.F. contre l'arrêt intervenu à l'occasion d'une mesure d'épuration (56).

75. *Exclusion du personnel salarié.* — Au contraire des organes sociaux de direction, le personnel salarié est sans pou-

(51) Toulouse, 4 mars 1909, Journal La Loi du 12 mai 1909.

(52) Trib. Civ. Seine, 22 mars 1935, D.H. 1935-294.

(53) Cass. Com., 18 nov. 1947, Bull. Cass. Civ., 1947, II, n° 35, p. 107.

(54) Soc., 10 juil. 1953 (solution implicite), Bull. Cass. Civ., 1953, IV, n° 555, p. 398. Contra cependant Soc., 8 janv. 1948 (solution implicite), Bull. Cass. Civ., 1948, III, n° 24, p. 28 : cet arrêt, en décidant que le secrétaire général d'une société anonyme n'a pas de pouvoir régulier pour faire une déclaration de pourvoi parce qu'il ne justifie pas que le pouvoir d'introduire le recours en Cassation résulte des statuts ou d'**une délibération du conseil d'administration de la société,** semble reconnaître au conseil le pouvoir de représentation légale de la société.

(55) Soc., 23 juil. 1948 (solution implicite), Bull. Cass. Civ., 1948, p. 803.

(56) C.E., 31 oct. 1952, Merlin contre S.N.C.F., Revue du droit public, 1953, p. 514, obs. de Soto.

voir légal pour agir au nom de la société y compris le secrétaire général, les fondés de pouvoir et les directeurs de succursales. Cette règle a été récemment encore affirmée de manière générale pour toutes les personnes morales (57), les salariés du groupement ne pourraient agir que sur un mandat spécial donné par les organes légalement qualifiés. La jurisprudence retient le défaut de qualité à tous les échelons de la hiérarchie du personnel. Ainsi elle décide que le directeur général d'une société anonyme ne peut, en cette seule qualité, interjeter appel d'un jugement rendu contre la société, car il n'est que le premier employé de la société et ses fonctions ne lui permettent pas à elles seules de le faire, faute de pouvoir spécial (58) ; s'il n'est pas qualifié activement pour agir, il ne peut pas non plus défendre aux actions dirigées contre la société : c'est pourquoi la jurisprudence décide que l'action engagée par un tiers intéressé contre la société pour fraudes commises dans l'établissement du bilan, ne peut être dirigée contre le seul directeur de la société, mais doit l'être contre la société elle-même dont celui-ci n'est que le préposé (59). Le chef du contentieux d'une société ne peut pas non plus agir pour le compte de celle-ci, sans pouvoir spécial (60). La jurisprudence relève encore le défaut de qualité de l'agent général d'une Compagnie d'Assurance (61), et des Commissaires d'avaries d'une Compagnie d'Assurance maritime (62).

76. *Défaut de qualité des associés.* — Les associés ne peuvent pas non plus prétendre, en cette seule qualité, représenter la société. Celle-ci est doté d'une personnalité juridique distincte et indépendante de celle de ses membres : c'est pourquoi elle seule peut se prétendre titulaire des droits collectifs. On décide ainsi que le principal actionnaire d'une société ne peut exercer une action en nullité de la vente de terrains de la

(57) Trib. Administratif de Lille, 7 avr. 1954, G.P. 30 avril 1954.

(58) Trib. Civ. Seine, 22 mars 1935, D.H. 1935-294.

(59) Trib. Com. Marseille, 10 mai 1928, G.P., Table quinquennale, 1925-30, V° Action, n° 5.

(60) Cass. Soc., 8 oct. 1953, Bull. Cass. Civ., 1953, IV, p. 446.

(61) Trib. Comm. Marseille, 3 nov. 1924, G.P. Table quinquennale, 1925-30, V° Action, n° 25.

(62) Trib. Comm. Marseille, 22 mars 1921, G.P. Table quinquennale, 1920-25, V° Action, n° 2. Cependant, devant les Conseils de Prud'hommes, la loi considère comme comparaissant personnellement, soit devant le bureau de conciliation soit devant le bureau de jugement, les chefs d'entreprise qui se font représenter par le directeur gérant ou par un employé de l'établissement ; la Cour de Cassation a jugé que cette disposition s'appliquait même au cas où la comparution personnelle des parties avait été ordonnée (Civ., 19 janv. 1931, D.H. 1931-146).

société, car il n'est pas propriétaire de ses titres (63). Il a été encore jugé que les actionnaires sont sans qualité pour se substituer au liquidateur de la société, à l'effet par exemple de provoquer une reddition de comptes entre les mains de celui-ci de la part des membres du Conseil d'Administration (64). Comme d'ailleurs l'associé n'est pas un tiers aux actions exercées par les représentants légaux de la société, il ne peut pas faire tierce-opposition aux jugements prononcés contre la société ; la Cour de Cassation décide qu'il ne peut pas davantage former contre un cocontractant de la société une action tendant à remettre en question l'objet d'une transaction intervenue entre la société et celui-ci (65).

77. *Défaut de qualité des tiers.* — Quant aux tiers de la société, la jurisprudence leur dénie la qualité pour exercer les actions sociales. Elle a ainsi déclaré irrecevable l'action en dissolution et l'action en nullité de la société, lorsque ces actions sont dirigées contre des tiers étrangers à celle-ci (66).

78. *Désorganisation et dissolution de la société.* — Il arrive parfois que la société soit désorganisée au cours de son existence ou qu'elle prenne fin par sa dissolution. Quelles sont alors les personnes qualifiées pour agir en son nom ? Est-ce que ce sont les organes normaux de la société, tout au moins ce qui en subsiste, ou des mandataires spécialement désignés à cet effet ?

Lorsque la société est désorganisée, elle peut être pourvue d'un administrateur provisoire, désigné par le juge à la requête des intéressés (associés, créanciers sociaux, etc...) (67). Quelle est alors l'étendue des pouvoirs de l'administrateur judiciaire en matière d'actions en justice ? Si la décision qui le nomme précise ses pouvoirs, il n'y a pas de difficultés. Au cas contraire, on peut hésiter entre plusieurs solutions. Une décision du Tri-

(63) Civ., 13 juil. 1953, Bull. Cass. Civ., 1953, I, n° 246.

(64) Civ., 23 juil. 1931, D.H. 1931 p. 258, S. 1935-1-49, note H. Rousseau. Voir cependant en matière de société en nom collectif, Trib. Civ. Montdidier, 31 mars 1923, Recueil des Sociétés, 1925, p. 116, décidant que chaque associé représente valablement la société en justice, parce qu'en agissant pour le compte de la société, il agit en même temps dans son propre intérêt, tous les associés étant personnellement et solidairement responsables du passif social.

(65) Cass. Civ., 4 fév. 1931, G.P. 1931-1-528.

(66) Voir pour l'action en dissolution : Cass. Comm., 20 janv. 1953, Bull. Cass. Civ., 1953, III, n° 30 ; pour l'action en annulation de la transformation d'une société anonyme en société à responsabilité limitée, civ., 13 juil. 1953, Bull. cass. civ. 1935, I, n° 246.

(67) L'action en nomination judiciaire d'un administrateur provisoire est dirigée contre les organes de représentation de la société (gérants, président-directeur-général). Si ceux-ci n'existent plus, l'action est dirigée contre ce qui subsiste des organes normaux de gestion assignés, non en leur nom personnel, mais comme représentants,

bunal de Limoges du 4 mars 1904 (68) a, autrefois, refusé le pouvoir d'agir en justice aux administrateurs provisoires au motif que le mandat général dont est investi l'administrateur provisoire ne comprend pas celui de représenter la société en justice (69) ; la Cour de Cassation a récemment admis la solution inverse en décidant que l'administrateur provisoire nommé par ordonnance du Président du Tribunal Civil est seul qualifié pour agir au nom de la société (70). Mais quelle est alors la situation des organes normaux de la société en face de l'administrateur judiciaire ? On a admis que les organes de la société, qui sont à même de fonctionner régulièrement, doivent être maintenus en fonction et exercer leurs pouvoirs, dans la mesure où cela est compatible avec l'administration provisoire (71). Cependant, la jurisprudence la plus récente de la Cour Suprême semble ôter tout pouvori d'agir aux organes réguliers, en affirmant que l'administrateur provisoire est *seul* qualifié pour agir au nom de la société (72).

Lorsque la dissolution de la société est prononcée, il faut procéder à la liquidation des affaires sociales. On admet qu'alors la société se survit pour les besoins de sa liquidation, la dissolution laissant subsister sa personnalité morale jusqu'à la liquidation totale et définitive. Un liquidateur est désigné par décision de justice ou par les associés (73). On lui reconnaît qualité pour exercer en son nom seul toutes les actions de la société : ainsi, on a décidé qu'en matière de société de capitalisation et d'épargne, les poursuites individuelles des créanciers, ayant acquis des droits spéciaux sur des biens ou valeurs déterminés appartenant à la société, doivent être exercées seulement contre le liquidateur lui-même (74). Il faut observer, toutefois, que

la personnalité des différents administrateurs s'absorbant en effet dans celle de la Société. (Nancy, 19 juil. 1946, D. 1947, 525, note A.C.) Si rien ne subsiste des organes de gestion, le juge est saisi par voie de requête. Cf. Ch. Lapp, La nomination judiciaire des administrateurs de société, Rev. trim. de dr. comm. 1952, p. 788-789.

(68) Journal des Sociétés, 1904, p. 282, note H.B.

(69) C'est la même solution qui est admise par la Cour de Cassation en matière d'administration provisoire des biens de l'aliéné interné non interdit. L'administrateur provisoire ne peut pas figurer dans une instance au nom de l'aliéné, même en défendant (Réq., 15 juin 1930, S. 1930-1-16 ; Montpellier, 12 nov. 1930, G.P. 1930-2-976). S'il est nécessaire de plaider, le tribunal doit nommer un mandataire spécial (Loi 1838 art. 33).

(70) Civ., 13 juil. 1953, Bull. Cass. civ., 1953, I, n° 246, p. 202.

(71) Cf. Réq., 7 mars 1944, S. Table quinquennale 1940-45, V° Société, n° 13 ; Trib. Comm. Limoges, 4 mars 1904, Journal des Sociétés, 1904, p. 282, note H.B. ; Nancy, 14 nov. 1947 (solution implicite), S. 1948-2-68 ; Lapp, op. cit., loc. cit.

(72) Civ., 13 juil. 1953, précité.

(73) Paris, 20 oct. 1952, G.P. 1953-1-26, D. 1952. Somme, p. 24.

(74) Cass., 5 janv. 1952, Bull. Cass. Civ., 1952, III, n° 25, p. 19.

le liquidateur, étant un mandataire, n'a pas un pouvoir général d'agir pour tout ce qui touche aux affaires sociales, mais que ses pouvoirs sont limités par l'acte qui le nomme (75).

b) *Organes de représentation en justice des personnes morales de droit privé, autres que les sociétés.*

79. *Associations.* — Les associations, constituées suivant les dispositions de la loi du 1er juillet 1901, sont représentées en justice par les membres qui tiennent ce pouvoir des statuts : les autres membres du groupement sont sans qualité (76). Les organes de représentation agissent, en pareil cas, non par dérogation à la règle « Nul ne plaide par procureur », mais comme représentants de l'association, personne morale distincte de la personnalité des sociétaires (77) ; ils n'ont pas à justifier d'une autorisation spéciale pour chaque affaire, mais tiennent des statuts un pouvoir général d'agir au nom de l'association ((78).

80. *Syndicats professionnels.* — L'organe qualifié pour exercer les actions appartenant aux syndicats professionnels est le Conseil Syndical. La loi du 21 mars 1884 a conféré aux membres du Conseil la qualité de représentants réguliers du Syndicat, chargés de faire valoir ses droits en justice (79) ; c'est pourquoi le mandataire de ce Conseil (secrétaire général) doit justifier d'un pouvoir spécial, résultant d'une délibération préalable du Conseil Syndical (80).

81. *Comités d'entreprise et d'établissement.* — Les comités d'entreprise et les comités d'établissement (81) ne sont pas nécessairement représentés par le président directeur du Comité. C'est un mandataire désigné spécialement pour agir en justice qui a qualité pour exercer les actions du groupement (82).

82. *Groupement dépourvus de personnalité morale.* — Lorsque les groupements sont dépourvus de personnalité morale, ils n'ont pas la capacité d'agir en justice ; les membres agissent

(75) Cass., 22 nov. 1950, Bull. Cass. Civ., 1950, II, nº 350, p. 249.

(76) Caen, 3 juin 1926, G.P. Table quinquennale 1925-30, Vº Action en justice, nº 9 ; C.E. 13 juin 1952, Union nationale des intellectuels, Rec. Leb., 1952, p. 797.

(77) Trib. Civ. Rouen, 28 juil. 1913, Journal la Loi, 9 sept. 1913.

(78) Paris, 15 janv. 1909, G.P. 1901-1-260.

(79) C.E., 8 juin 1951, Syndicat des employés de la préfecture d'Alger, Rec. Leb. 1951, p. 325 ; 30 nov. 1951, Kresser, Rec. Leb. 1951, p. 567.

(81) Les comités d'établissement ont la personnalité morale (Civ., 28 juin 1954, D. 1954-1-217, note G. Levasseur).

(82) Trib. Seine, 2 nov. 1951, J.C.P. 1952-II-6701, note Larguier, D. 1952 Somm. p. 1 ; Contra Trib. St-Etienne, 4 mai 1949, Droit Social, 1949, p. 231, Rev. Tr. Dr. Civ., 1949, p. 450, obs. Hébraud.

en leur nom personnel, soit isolément, soit par l'intermediaire d'un mandataire qui doit révéler dans les actes de l'instance le nom de ses mandants, conformément à la règle que « nul ne plaide par procureur ». Cependant, la loi, par dérogation expresse à cette règle, donne qualité, pour faire valoir en justice les droits de certains groupements sans personnalité morale, à leurs représentants. Ainsi l'article 17 de la loi de 1867 dispose que des actionnaires, représentants le vingtième au moins du capital social, peuvent, dans un intérêt commun, charger à leurs frais un ou plusieurs mandataires de soutenir, tant en demandant qu'en défendant, une action contre les gérants ou contre les membres du Conseil de surveillance et de les représenter, dans ce cas, en justice ; ce texte vise, non seulement l'exercice des actions sociales « ut singuli », mais aussi celui des actions individuelles en responsabilité (83). De même le syndic, mandaté par l'Assemblée Générale des propriétaires pour assurer l'exécution des clauses du règlement de copropriété, peut agir à cette fin par les voies judiciaires, comme représentant des copropriétaires par dérogation à la règle que « Nul ne plaide par procureur » (84). Mais il faut une dérogation légale expresse : c'est pourquoi, dans la matière des associations en participation qui constituent des sociétés sans personnalité juridique, l'associé, qui est resté étranger aux conventions intervenues entre un autre associé et des tiers, est sans qualité pour poursuivre l'exécution des engagements pris envers celui-ci (85).

2° *La représentation en justice des personnes morales de droit public.*

83. *Nature du pouvoir des représentants des personnes morales de droit public.* — On considère le pouvoir des agents des collectivités publiques de les représenter en justice comme une question de compétence. Celle-ci est attribuée par les règles d'organisation de ces collectivités publiques.

Lorsque l'organisation est simple, la détermination de l'agent public compétent ne présente pas de difficulté : a qualité l'administrateur de la collectivité. En revanche lorsque l'organisation est complexe et qu'il existe de nombreux administrateurs, il arrive fréquemment qu'il y ait des conflits de compétence : c'est ce qui se produit dans la matière de la représentation de l'Etat en justice. D'autre part, la tutelle exercée sur certaines collectivités fait naître des difficultés spéciales.

(83) Comm., 17 juil. 1951, J.C.P. 1952-II-7128, Rev. trim. de dr. com. 1952, p. 845-846, obs. Rault.

(84) Paris 29 oct. 1940, G.P. 1940-2-274, D.H. 1940-214.

(85) Paris 16 juin 1910, Revue des Sociétés, 1912, p. 12.

Il faut examiner la représentation en justice de l'Etat, puis celle de certaines collectivités locales à titre d'exemples.

a) *Organes compétents pour représenter l'Etat en justice* (86).

84. *Compétence générale du préfet.* — Certains agents sont doués d'une compétence générale. D'autres ont une compétence spéciale d'agir en justice, limitée aux intérêts de leur administration.

Le préfet, représentant commun des ministres, a une aptitude générale pour représenter l'Etat dans tous ses procès et devant toutes les juridictions (87), à l'exclusion de tout autre agent de l'Etat. Par suite, à moins de refuser à l'Etat le droit de plaider, on ne saurait interdire à son représentant légal, le préfet, d'intenter et de suivre les actions en son nom, ni reconnaître cette faculté à toute autre personne, sauf dérogations législatives formelles (88). L'attribution au préfet de cette compétence générale résulte des lois du 28 pluviôse an VIII, article 3, et du 10 août 1871, article 3 et du décret du 19 juin 1950, article premier, alinéa 2 (91) ; elle a été confirmée par des lois spéciales lui attribuant compétence par application des règles générales (lois du 20 juillet 1899 et 5 avril 1937 sur la responsabilité de l'Etat en matière d'enseignement public ; lois du 16 avril 1914 et 2 février 1943 sur la responsabilité de l'Etat au cas d'émeute ; décrets-lois du 8 août et 30 octobre 1935 sur l'expropriation pour cause d'utilité publique (92) ; la jurisprudence, de son côté, reconnaît qualité au préfet pour représenter l'Etat actionné en responsabilité devant les tribunaux

(86) Cf. Sanlaville, De la représentation de l'Etat en justice, Revue générale d'administration 1900, III, p. 257 ; Rossignol, La représentation de l'Etat devant les Tribunaux judiciaires, Thèse Paris 1952.

(87) Devant le Conseil d'Etat, cependant, les ministres intéressés ont seuls qualité pour agir ou défendre au nom de l'Etat en vertu de dispositions législatives formelles (art. 16 du décret du 22 juillet 1806 repris par les art. 40 et 43 de l'ordonnance du 31 juillet 1945). Cf. C.E. 15 mai 1891, Gouthon, Rec. Leb. p. 391 ; 28 avr. 1899, Sieurs Bas, Trépas et autres contre Ville d'Aurillac, Rec. Leb. p. 329 ; 24 juin 1921, Reims, Rec. Leb. p. 614.

(88) C.E. 16 janv. 1897, Rec. Leb. 1903, p. 21 ; 31 mars 1933, Compagnie des Chemins de Fer de la Camargue, D.H. 1933-327, S. 1933-3-92.

(89) Cf. infra, nos 180 et suivants.

(90) Batiffol, Traité élémentaire de droit international privé, no 157.

(91) Rossignol, La représentation de l'Etat devant les tribunaux judiciaires, p. 195.

(92) Rossignol, op. cit., p. 198 à 208.

judiciaires en matière d'accident du travail (93) et dans le contentieux des réquisitions (94).

85. *Compétence spéciale.* — L'agent judiciaire du Trésor ne peut pas prétendre qu'il a une compétence générale pour représenter l'Etat en justice. Sa compétence est limitée à la défense des intérêts du Trésor, c'est-à-dire aux litiges relatifs au recouvrement des créances de l'Etat et au paiement de ses dettes (95).

Le Ministère public n'a pas non plus de vocation générale pour représenter l'Etat, personne morale, dans les procès auxquels il est partie. Sans doute, le Ministère public exerce-t-il l'action publique ; mais il agit alors, non pas au nom de l'Etat envisagé comme personne juridique, mais en tant qu'organe de la Société (89). Toutefois, exceptionnellement, le Ministère public représente l'Etat. C'est ainsi qu'en matière de nationalité, il agit en son nom tant en demandant qu'en défendant, pour toutes les contestations qui s'élèvent à ce sujet (90).

b) *La représentation en justice des collectivités locales.*

86. *Représentation du département.* — On va examiner, à titre d'exemple, le cas du département et celui de la commune.

Le département est représenté par le Préfet. Il faut noter une règle spéciale au département de la Seine : le Préfet de police a qualité pour agir en son nom dans les affaires rentrant dans ses attributions (96).

87. *Représentation de la commune.* — Quant à la commune, c'est le maire qui est en principe qualifié pour la représenter devant le juge (97) ; en pareil cas, le maire doit être pourvu d'une autorisation d'agir, conférée par une délibération du Conseil municipal, pour toutes les actions, sauf pour les actions possessoires qu'il peut exercer seul ; à défaut d'approbation du Conseil municipal, le maire doit être pourvu d'une autorisation du Conseil de préfecture (aujourd'hui du Tribunal adminis-

(93) Trib. Civ. Narbonne 27 nov. 1901, G.P. 1902-1-142 ; Civ. 24 déc. 1919 (16e espèce) (solution implicite), D.P. 1920-1-72.

(94) Voir deux arrêts de la Cour de Dijon du 20 janv. 1949 cités par Rossignol, op. cit. p. 223 et suivantes.

(95) Rossignol, op. cit. p. 186 et suivantes. Voir sur cette question, Pélegry, note au S. 1932-1-49 sous l'arrêt Bézian de la Chambre des Requêtes du 24 fév. 1931 et chronique D. 1951 p. 111-114, « Recouvrement et contentieux des créances de l'Etat étrangères à l'Impôt et au Domaine », Loi de finances du 24 mai 1951 ; Mestre, L'Etat Partie Civile, J.C.P. 1950-I-860 ; Berlia, Du mandat légal de l'agent judiciaire du Trésor, D.H. 1951 chronique p. 13-16.

(96) Cass. Civ. 26 avr. 1937, G.P. 1937-2-225.

(97) Voir, par exemple civ., 15 juil. 1912, D.P. 1913-1-398 ; Caen, 4 avril 1928, G.P. Table quinquennale 1925-30, Vo Action en justice no 11 ; Cass. Comm., 27 janv. 1954, D. 1954-J-220.

tratif (98). Il arrive aussi que le préfet agisse comme représentant des communes, par exemple dans les procès relatifs à un chemin de grande communication auquel les communes sont intéressées (99). A Paris, le préfet de police représente la ville dans les actions en responsabilité (100).

C. — LE MANDAT « AD LITEM »

88. *Admission de la représentation conventionnelle en droit moderne.* — La représentation conventionnelle dans le pouvoir d'agir est admise dans notre droit moderne. Elle comporte cependant certaines restrictions. Dans la procédure du divorce et de la séparation de corps, les parties doivent comparaître en personne devant le président du Tribunal de première instance, lors de la tentative de conciliation (art. 238 et 307 du Code Civil) ; les époux doivent comparaître en personne devant le juge de paix, au cas où l'un d'eux ne subvient pas spontanément aux besoins du ménage (article 864 du Code de Procédure Civile) ; les ouvriers ou employés doivent comparaître personnellement devant le bureau de conciliation du Conseil de Prud'hommes (loi du 19 novembre 1943) ; enfin, les parties sont tenues de comparaître en personne devant les tribunaux paritaires en matière de baux ruraux (Ordonnance du 4 décembre 1944).

Alors même qu'il s'agit de litiges comportant la représentation conventionnelle, le mandataire ne peut pas accomplir toutes les activités des parties à l'instance. Certaines mesures d'instruction supposent en effet la présence des parties : c'est le cas de la comparution personnelle que le juge peut toujours ordonner ; d'autre part, le serment doit toujours être prêté par la partie en personne.

1° *Conditions de validité du mandat ad litem.*

89. *Conditions de fond.* — En principe, toute personne, même celle qui n'aurait pas la capacité d'ester en justice pour son propre compte, peut être mandataire pourvu qu'elle ait la capacité de contracter. Il existe cependant certaines interdictions légales. La plus importante concerne les huissiers (Loi du 25 mars 1838, article 18) auxquels il est interdit, sous peine d'amende, de représenter les parties devant le juge de paix et le tribunal de commerce ; cette prohibition est écartée par la

(98) Loi du 8 janvier 1905, article 5.

(99) Voir C.E., 1er juin 1921, Commune de Ferrals-les-Montagnes, S. 1925-3-5.

(100) Civ. 16 mai 1939, D.H. 1939-353, G.P. 1939-2-139 ; R. Savatier, La responsabilité civile, t. 2, n° 626.

loi devant le tribunal paritaire (ordonnance du 4 décembre 1944, article 13). Quant aux greffiers, la Cour de Cassation décide qu'ils ne peuvent pas non plus être mandataire d'une partie devant leur Tribunal (101).

Mais il faut évidemment que le pouvoir de représentation existe. Serait, par exemple, irrecevable, l'action intentée par une personne agissant au nom et comme exerçant les droits d'autres personnes dont elle n'indique pas le nom ni ne prétend avoir reçu de mandat ad litem, mais pour lesquelles elle se porte fort (102).

90. *Conditions de forme.* — Le mandat ad litem doit être spécial (103). Cela résulte de l'article 421 du Code de Procédure Civile qui indique que, si les parties ne comparaissent pas en personne, elles doivent le faire par le ministère d'un fondé de procuration spéciale : bien que ce texte soit écrit pour la procédure devant les tribunaux de commerce, on lui attribue une portée générale. Pour être spécial, le pouvoir doit indiquer l'instance en vue de laquelle il est donné ; un pouvoir, s'appliquant à toutes les contestations nées ou à naître, dans lesquelles serait impliqué le mandant, n'a pas le caractère de pouvoir spécial et n'autorise pas le mandataire à représenter le mandant dans une instance déterminée (104). Toutefois, en ce qui concerne la justice de paix, la jurisprudence de la Cour de Cassation admet qu'il suffit que le mandant habilite expressément le mandataire à le représenter en justice (105) ; certaines juridictions inférieures se sont cependant montrées plus strictes en déclarant inopérant une procuration générale notariée et en exigeant la production d'une procuration spéciale pour chaque affaire : elles trouvent le fondement de cette obligation dans la possibilité appartenant à tout intéressé de vérifier à tout moment l'authenticité du mandat (106). D'autre part, lorsque la représentation est imposée par les circonstances, la jurisprudence admet une dérogation à la règle de la spécialité du pouvoir ; un jugement du Tribunal de Commerce de Marseille du 29 juillet 1932 (107) a ainsi décidé que la désignation d'un apériteur dans les polices d'assurance maritime et spécialement dans les polices corps où généralement interviennent de nombreuses compagnies d'assurances dont plusieurs n'ont souvent pas leur siège en

(101) Cass. Civ. 9 janv. 1929, G.P. 17 mars 1929.

(102) Trib. Civ. Bordeaux, 7 juil. 1902, G.P., 1902-2-203.

(103) Morel, Traité élém. de proc. civ., n° 327 ; Brulliard, Proc. civ., n° 37.

(104) Civ. 15 juil. 1924, D.P. 1924-1-101, note Appleton.

(105) Civ. 26 déc. 1939, D.H. 1940-49.

(106) Trib. paix Paris 18 juin 1937, G.P. 1937-2-391.

(107) Revue Dor 1932, p. 457.

France, comporte l'habilitation de ce mandataire spécial à comparaître en justice pour les actions intentées contre tous les assureurs et les intéressant collectivement. Enfin, la règle de la spécialité du pouvoir de représenter en justice ne s'applique qu'à la représentation conventionnelle, et non à la représentation légale (108).

Le défaut de pouvoir ou l'irrégularité du mandat entraîne l'irrecevabilité de l'action (109).

On exige aussi que le pouvoir soit constaté par écrit. Pour les tribunaux de commerce, celà résulte de l'article 627 du Code de Commerce qui prescrit que le pouvoir doit être exhibé au greffier du tribunal. Pour les conseils de Prud'hommes, celà résulte de ce que l'article 69, livre IV, du Code du travail, prévoit un pouvoir sur papier libre ; l'ordonnance du 4 décembre 1944, article 13, en fait autant pour la représentation devant les tribunaux paritaires. En ce qui concerne la justice de paix, la loi est muette mais la Cour de Cassation exige que le pouvoir soit écrit ; il ne saurait s'induire de simples présomptions (110). Si, cependant, la partie est présente à l'audience, sa présence suffit à autoriser le mandataire (art. 627 du Code de Commerce). Toutefois certaines décisions ont admis la validité du mandat tacite pour conférer la qualité du représentant. Un arrêt de la Cour de Douai du 7 juin 1908 (111) a, par exemple, décidé qu'en l'absence de toute intervention personnelle des matelots, le propriétaire d'une embarcation a qualité pour agir en justice, contre le capitaine, au nom de l'équipage en vertu d'un mandat tacite.

2° *Etendue et cessation des pouvoirs du mandataire.*

91. *Etendue des pouvoirs du mandataire.* — Lorsque l'existence du mandat est justifiée, le mandataire ne peut pas, par cela seul, accomplir toutes les activités attachées au pouvoir d'agir. L'étendue de ses pouvoirs est déterminée par l'acte qui lui confère qualité (112). Les activités pour lesquelles il n'a pas de pouvoir exprès, sont inopposables au représenté. On décide notamment que les offres, aveux ou transactions impliquant acquiescement ou transaction, ne sont pas opposables au mandant, du moment qu'il n'a pas donné de procuration expresse à cet effet (113).

(108) Voir, par exemple, en matière de pouvoir spécial pour former le pourvoi en Cassation, Cass. Comm., 27 janv. 1954, D. 1954-J-220.

(109) Cf., par exemple, C.E., 24 mars 1944, Armieux, Rec. Leb., 1944 p. 400 et 3 mars 1952, Einsensthein, Rec. Leb., 1952, p. 797.

(110) Cass., 9 juin 1896, D. 1897-1-512 ; 25 juil. 1928, G.P. 6 nov. 1926.

(111) D.P. 1912-2-139.

(112) Japiot, Traité élém. de proc. civ. et comm., n° 72.

(113) Glasson et Tissier, Traité théorique et pratique de proc. civ., t. I, p. 217; Morel, Traité élém. de proc. civ., n° 334, p. 276.

92. *Cessation des pouvoirs du mandataire.* — Le mandat ad litem cesse pour toutes les causes qui mettent fin au mandat : terminaison de l'action, décès du mandataire ou du mandant, etc... L'intervention du mandant comme partie pour continuer l'action personnellement est une révocation du mandat.

§ 2. — *La volonté propre du représentant.*

93. *Manifestation de volonté propre.* — La représentation dans l'action suppose une manifestation de volonté propre du représentant de mettre le juge en contact avec le litige ; le porte-parole, qui transmet la volonté d'agir d'autrui, ne doit pas être assimilé au représentant dans l'action : ainsi, le tuteur de l'interdit légal, qui présente la requête en divorce sur la *réquisition* de celui-ci (Code Civil, article 234, alinéa 3), n'agit pas lui-même dans l'intérêt de l'interdit ; c'est un simple porte-parole. C'est pourquoi, s'il n'a pas besoin d'avoir la capacité d'ester en justice puisque les conséquences de la décision intervenue ne se produisent pas dans sa personne ou dans son patrimoine, le représentant, ayant une volonté à exprimer, doit avoir un discernement suffisant pour déclarer une volonté propre.

94. *Mandat.* — Dans le mandat, le mandataire est censé exprimer la volonté du mandant, puisque le pouvoir d'agir lui est délégué par celui-ci ; il n'en reste pas moins que le juge est saisi du fond du litige par un acte de volonté propre du mandataire. Le préposé (directeur, gérant ou employé de l'établissement) qui, devant le Conseil des Prud'hommes, représente le chef d'entreprise (loi du 19 novembre 1943), manifeste aussi le plus souvent une volonté propre.

95. *Représentation légale et judiciaire.* — Au cas de représentation légale et de représentation judiciaire, il n'y a même plus à tenir compte de la volonté du représenté. L'action est ici exercée par le représentant, parce que le représenté ne peut pas exprimer de volonté propre (personne morale, aliéné, enfant en bas âge), ou même risque d'exprimer une volonté dangereuse pour ses intérêts (mineur ayant un discernement suffisant pour déclarer une volonté propre) ou contraire à un intérêt général (interdit légal, organes sociaux dont l'activité contraire à l'intérêt du groupement nécessite la nomination d'un administrateur provisoire). Dans ces cas, le représentant a un pouvoir propre : il y a représentation, non de la volonté d'autrui, mais de ses intérêts.

§ 3. — *L'intention de représenter autrui.*

96. *Preuve de cette intention.* — Le représentant et l'autre partie au procès doivent avoir la volonté commune de faire

naître les conséquences de l'action sur la tête et dans le patrimoine du représenté.

La réalisation de cette condition est subordonnée à l'indication par le représentant de sa qualité et à la révélation dans les actes de l'instance des nom et qualité du représenté, en vertu de la règle « Nul ne plaide par procureur ». Cette règle de forme a cependant une portée limitée à la représentation conventionnelle ; elle est étrangère aux autres formes de représentation (114). La preuve de cette intention, qui est à la charge de celui qui s'en prévaut, peut être alors trouvée dans toutes les circonstances de la cause.

97. *Prête-nom.* — L'absence d'intention de représenter permet d'écarter du domaine de la représentation le prête-nom et le commissionnaire.

Une jurisprudence abondante (115), généralement approuvée par la doctrine (116), déclare recevable les actions exercées par un prête-nom dès lors que l'interposition de personne est exempte de fraude à la loi et ne préjudicie pas aux intérêts des tiers (117).

Dans la pratique, l'utilisation du prête-nom est fréquente. Les clients des compagnies d'assurance, désintéressés par celles-ci, exercent souvent, en leur nom personnel, les actions en responsabilité contre les auteurs des dommages qui leur ont été causés ; les tribunaux admettent la recevabilité de telles actions, car ils estiment que les conventions qui existent entre les demandeurs et leurs assureurs, ne peuvent pas leur être opposées par les auteurs des actes incriminés, qui leur sont restés étrangers (118).

On admet encore que les commissionnaires agissent en leur nom propre, et non comme représentants (119).

C'est à tort que l'on présente le prête-nom et le commissionnaire comme des représentants qui agissent sans révéler les noms de leurs mandants, par dérogation à la règle « Nul ne plaide par procureur ». Il ne semble pas qu'en réalité, il y ait

(114) Voir infra n° 299.

(115) Cass., 7 avr. 1813, S. 1813-1-374 ; 8 nov. 1936, D.P. 1836-1-412 ; Réq., 29 juil. 1874, S. 1875-1-78 ; Cass., 28 janv. 1908, D. 1909-1-453 ; 27 juin 1911, D. 1914-1-93 ; Civ., 16 fév. 1948, Bull. Cass. Civ., 1948, p. 154.

(116) Glasson et Tissier, Traité théorique et pratique de proc. civ., t. 1, n° 220 ; Morel, Traité élém. de proc. civ., n° 330.

(117) Paris, 20 juil. 1904, Journal La Loi, 7 déc. 1904 ; Cass., 27 juin 1911 précité ; Paris, 6 fév. 1913.

(118) Cass., 27 juin 1911 précité ; Lyon, 21 déc. 1922, G.P. Table quinquennale 1925-25, V° Action, n° 21 ; Paris 24 mai 1930, D.H. 1931, Somm., p. 13. Pour un autre cas d'utilisation de prête-nom, voir Civ., 16 fév. 1948 précité.

(119) Morel, Traité élém. de proc. civ., n° 330.

là une véritable atteinte à cette règle. Celle-ci suppose, en effet, une demande intentée par un mandataire et exige qu'alors la personnalité du mandant soit révélée dans les actes du procès.

Or le prête-nom et le commissionnaire n'agissent pas comme mandataires, mais en leur nom propre, quoiqu'en fin de compte, le bénéfice de la décision intervenue sur leur action profite à un tiers. C'est ici surtout une question de simulation qui se pose (120) et le prête-nom a qualité parce que cette espèce de simulation, n'étant point illicite, ne doit point être inefficace (121).

SECTION II

Effets de la représentation dans l'action

98. *Idée générale.* — Les effets de la représentation dans l'action (122) ont un double aspect : d'une part, c'est le représentant qui met le juge en contact avec le litige ou l'en dessaisit ; d'autre part, les effets de l'activité du représentant se produisent directement sur la tête ou dans le patrimoine du représenté.

Comme la représentation dans l'action met en présence trois personnes, le représentant, le représenté et l'adversaire, ses effets doivent être envisagés relativement à chacune d'elles.

§ 1er. — *Effets pour le représentant.*

99. *Importance du rôle du représentant dans l'exercice de l'action.* — C'est le représentant qui met le juge en contact avec le litige, soit qu'il saisisse lui-même le juge, soit qu'il contredise à la demande formée par un tiers. C'est également le représentant qui soustrait le litige à la connaissance du juge et qui l'en dessaisit. Il le fait par le compromis qui soumet le litige à des arbitres (123), par la transaction qui termine une contestation née ou prévient une contestation à naître au moyen de conces-

(120) Hébraud, Revue Critique 1932, p. 108 ; Obs. Vizioz à la Rev. trim. de dr. civ., 1948, p. 361.

(121) Cass., 2 avr. 1813, S. 1813-1-374.

(122) Les auteurs de procédure, s'ils développent assez longuement les conditions de la représentation en justice, ne s'occupent pas d'en décrire les effets. Voir cependant la brève observation de Japiot dans son Traité élém. de proc. civ. et comm., p. 64.

(122) Le compromis ne dessaisit le juge que lorsque l'action a déjà été exercée. Auparavant, il soustrait le litige à la connaissance du juge.

sions réciproques (124), par l'acquiescement à la demande en vertu duquel le défendeur reconnaît le droit du demandeur (125) et par le désistement d'action par lequel le demandeur renonce à son action et reconnaît par conséquent le droit du défendeur (126). La représentation dans l'action suppose, en effet, une volonté propre, de telle sorte que l'on peut dire que c'est le représentant qui a qualité pour agir. Dès lors, l'autorité de la chose jugée sur le fond du litige se produit à l'égard du représentant et empêche qu'il ne recommence le procès dans la même qualité (article 1351 du Code Civil) ; s'il invoque, au contraire, un autre titre, il peut refaire le procès : ainsi le représentant débouté une première fois en cette qualité, peut agir à nouveau comme créancier par la voie oblique ou comme titulaire du droit litigieux en vertu d'une cession postérieure à la première décision, sans qu'on puisse lui opposer le moyen tiré de l'autorité de la chose jugée.

100. *Absence d'effets du jugement à l'égard du représentant.* — La personnalité du représentant, qui joue un rôle important dans l'exercice de l'action, s'efface, au contraire, quand il s'agit des conséquences de celle-ci. La décision ne peut ni profiter, ni nuire au représentant.

La décision ne peut d'abord pas lui profiter. C'est pourquoi il ne peut pas poursuivre en son nom personnel la partie qui a succombé ; si l'étendue de ses pouvoirs le permet, il peut seulement poursuivre l'exécution de la décision en sa qualité de représentant. D'autre part, le bénéfice de la condamnation tombe directement dans le patrimoine du représenté.

La décision ne peut pas davantage nuire au représentant. Au cas où la condamnation a été prononcée contre le représentant en cette qualité, celle-ci n'est pas exécutoire contre lui en son nom personnel ; elle est exécutoire de plano contre le représenté (127). Il faut aussi rattacher à cette idée le fait que le représentant ne supporte pas les dépens de l'instance.

Rien de tel ne se produit lorsque l'action est exercée par un prête-nom et un commissionnaire.

(124) Ici encore on ne peut parler du dessaisissement du juge que dans l'hypothèse où la transaction termine une contestation née.

(125) Morel, Traité élém. de proc. civ., n° 528.

(126) Sur la distinction du « désistement d'action » et du « désistement d'instance » voir Morel, op. cit., n° 529.

(127) Planiol et Ripert, Traité pratique de droit civil français, Les obligations, t. 6, 2me éd. par Esmein, n° 66, p. 74 ; Bordeaux, 11 juil. 1866, S. 1867-2-44 et Civ. 19 fév. 1884, S. 1886-1-69 pour le représentant judiciaire, Réq. 10 août 1875, S. 1875-1-117 et 24 janv. 1910, D. 1911-1-470 pour le capitaine de navire.

§ 2. — *Effets pour le représenté.*

101. *Effets de l'action à l'égard du représenté.* — Les conséquences de l'action se produisent, en tout et pour tout, directement dans la personne et dans le patrimoine du représenté : cet effet caractérise la représentation véritable (128). C'est le représenté seul qui profite du jugement ou qui en subit les conséquences passives. C'est pourquoi la possibilité d'être titulaire s'apprécie dans sa personne : c'est à son profit que l'action ets exercée et c'est contre lui que le tiers veut obtenir une condamnation.

102. *Conséquences.* — On admet que, dans de telles circonstances, le représenté conserve pour lui le pouvoir de soustraire le litige à la connaissance du juge, de mettre celui-ci en contact avec le fond du procès et de l'en dessaisir (129) ; en pareil cas, le représenté intervient comme partie et cette intervention est une révocation du mandat. Mais cela n'est possible qu'en matière de représentation conventionnelle, l'incapacité du représenté, son impossibilité matérielle d'agir et son défaut de qualité faisant obstacle à ce qu'il se substitue au représentant dans les autres cas de représentation.

D'autre part, le représenté fait lui-même les frais du procès et en supporte les dépens. Enfin, le représenté ne peut pas invoquer ou refuser la décision intervenue sur l'action du représentant selon qu'elle lui donne raison ou qu'elle lui donne tort sur le fond. La décision lui est opposable alors même qu'elle aggrave son obligation et qu'elle crée une obligation nouvelle à sa charge. C'est la raison pour laquelle on ne peut pas dire que le codébiteur qui agit dans une action relative à l'obligation solidaire, représente vraiment les autres codébiteurs : si la jurisprudence actuelle décide que la chose jugée pour ou contre l'un des débiteurs solidaires est opposable aux autres, c'est à la condition que le jugement n'aggrave en rien leur obligation (130) et ne crée pas d'obligation nouvelle (131).

§ 3. — *Effets pour le tiers sujet de l'action.*

103. *Absence de lien entre le tiers et le représentant.* — Le tiers sujet de l'action n'obtient le jugement que contre le représenté. Il n'a aucun lien avec le représentant. S'il gagne le pro-

(128) Japiot, Traité élém. de proc. civ. et comm., n° 70.

(129) Rapprochez en matière de conclusion des contrats, Paris 19 nov. 1908, S. 1910-2-165 et Civ. 2 juin 1913, S. 1914-1-175.

(130) Civ. 28 déc. 1885, S. 1886-1-55 ; Réq. 21 fév. 1938, G.P. 1938-1-720 ; Réq. 2 mars 1942, D.A. 1942-99.

(131) Civ. 11 fév. 1947, J.C.P. 1948-II-4127.

cès, il ne peut pas en poursuivre l'exécution contre celui-ci et s'il succombe, il ne peut pas être poursuivi par le représentant en son nom personnel.

La situation est différente lorsque l'action est exercée par le commissionnaire agissant pour le compte d'autrui sans représentation et par le prête-nom agissant en son nom personnel. En ce cas, le jugement intervenu peut être exécuté contre eux ou à leur profit personnel, alors même que le tiers a connu la véritable qualité de l'autre sujet de l'action : l'espèce de simulation qui lie le prête-nom et le véritable titulaire du droit, n'a point d'effet à l'égard des tiers.

Chapitre III

LA QUALITE DU SUBROGE

104. *Notion de subrogation dans l'action.* — Outre le titulaire du droit litigieux et son représentant, a aussi qualité le subrogé du titulaire du droit : il agit dans ce cas en son nom propre.

De même que, dans le domaine du droit substantiel, il existe des cas dans lesquels une personne est admise à exercer en son nom propre le droit d'autrui, comme par exemple dans l'hypothèse de l'exercice par le créancier des droits de son débiteur, il existe aussi, dans le droit judiciaire, certains cas dans lesquels une personne est qualifiée pour faire valoir en son nom propre le droit d'autrui.

La relation qui lie les sujets de l'action aux sujets du droit déduit en justice la qualité, ne consiste plus alors dans l'identité entre les sujets de l'action et les titulaires du droit litigieux ou de l'avantage poursuivi devant le juge. Il existe une certaine distance entre les sujets de l'action et les sujets du droit prétendu. La qualité des sujets de l'action résulte de la substitution de ceux-ci aux sujets du droit litigieux dans l'action en justice, en raison de la relation qui les lie à ces derniers.

On peut dire qu'il y a "subrogation dans l'action" (1).

105. *Plan.* — Avant d'examiner les cas les plus fréquents de subrogation dans le pouvoir d'agir, on va essayer de dégager les caractères généraux de cette notion.

(1) Nous employons ici le terme de « subrogation » conformément au vœu de Morel (Traité élém. de proc. civ., p. 34, note 2). Si la subrogation personnelle consiste dans la substitution d'une personne à une autre dans un rapport juridique (Ripert et Boulanger, Traité élém. de dr. civ. de Planiol, t. 2, n° 1741), il y a bien là subrogation puisque l'un des effets les plus remarquables des hypothèses envisagées dans ce chapitre, est d'entraîner la substitution du sujet de l'action au titulaire du droit litigieux dans le pouvoir d'agir. Lorsque les auteurs emploient un terme pour désigner l'ensemble de ces hypothèses, ce qui n'est pas toujours le cas surtout dans la doctrine française classique, ils utilisent les termes de « substitution procédurale ». Cf. Revue Trim. de dr. civ., 1951, p. 543, obs. Hebraud), de « succession dans le rapport procédural » ou de « substitution processuelle ». Les auteurs italiens ont adopté le terme de « sostituzione processuale » (Cf. Chiovenda, Principii di diritto processuale civile, para-

SECTION I

Caractères généraux de la subrogation dans l'action

106. *Intérêts d'une étude des caractères de la subrogation.* — La notion de subrogation appartient à la technique juridique. Elle n'existe que lorsqu'un certain nombre de conditions se trouvent réunies et elle produit des effets qui lui sont propre.

Il est nécessaire d'examiner les caractères généraux de cette notion, avant d'examiner ses cas d'application. On risquerait autrement de se tromper sur la nature de certaines situations limites.

On a quelquefois tendance, en effet, à confondre la subrogation avec la représentation dans l'action et de là, à considérer nombre de cas qui entrent en réalité dans cette catégorie, comme des cas de représentation en justice. Ainsi *certains auteurs* expliquent par l'idée de représentation, l'action oblique (2), l'exercice par le mari de certaines actions relatives aux biens propres de sa femme (3), l'exercice des actions sociales *ut singuli* par les associés (4), ou l'exercice par le syndic de la faillite des actions en justice du failli (5). De même *d'autres auteurs* utilisent l'idée de gestion d'affaires pour expliquer l'action du contribuable de la commune ou les effets des actions en justice exercées individuellement par les créanciers de la faillite après la clôture pour insuffisance d'actif (6). Or, la gestion d'affaires est souvent une forme de représentation (7).

graphe 36, Istituzioni di diritto processuale civile, paragraphe 35 ; Carnelutti, Sistema di diritto processuale civile, n° 141, p. 379 et suivantes; Nuovo Digesto Italiano, V° Interesse e legittimazione ad agire, par Costa, n° 4). D'autre part, nous parlons de subrogation **dans l'action,** et non pas de subrogation dans l'instance, parce que nous pensons que la subrogation affecte la notion de qualité, à la différence de l'opinion émise par certains auteurs selon lesquels elle affecterait seulement le rapport d'instance et devrait donc être qualifiée de substitution processuelle ou procédurale. Cf. sur cette question, infra n° 305 et suivants.

(2) Ripert et Boulanger, Traité élém. de dr. civ. de Planiol, t. 2, n° 1386.

(3) Ripert et Boulanger, op. cit., t. 3, n° 631.

(4) Escarra, Manuel de dr. comm., t. 1, n° 811, p. 457.

(5) Percerou et Desserteaux, Traité des Faillites, t. 1, n° 90 ; Escarra, Manuel de dr. comm., t. 2, n° 1470 ; G. Ripert, Traité élém. de dr. comm., n° 2609.

(6) Escarra, Manuel de dr. comm., t. 2, n° 1412.

(7) Ripert et Boulanger, Traité de dr. civ. de Planiol, t. 2, n° 1204.

Si l'on restreint quelquefois, ainsi que nous venons de le montrer, le domaine de la subrogation dans l'action au bénéfice de l'idée de représentation du titulaire du droit, on a, d'autres fois, tendance à élargir le domaine d'application de la subrogation en y incluant des cas ou, en réalité, la qualité des sujets de l'action s'explique plus simplement par l'existence sur leur tête d'un droit substantiel. C'est ainsi que l'on a quelquefois classé, dans le domaine de la subrogation l'exercice des actions constitutives ou des actions déclaratoires par des personnes autres que les sujets de la situation ou du rapport juridique litigieux comme, par exemple, l'exercice des actions en nullité de mariage, lorsque la violation de la loi donne lieu à une nullité absolue et que la nullité est soulevée par les tiers intéressés (ascendants, tuteur de l'un des époux, ministère public et d'une manière générale, toutes les personnes qui y ont un intérêt légitime et actuel) (9), ou encore, l'attribution de la qualifiication active aux personnes intéressées autres que l'auteur de l'acte pour contester la sincérité d'une reconnaissance de filiation naturelle et celle de la qualification passive aux tiers intéressés, au cas d'action en contestation de légitimité ou de maternité légitime (9). De même, on a tenté d'expliquer par l'idée de subrogation l'extension aux autres titulaires d'un rapport d'obligation solidaire ou indivisible des effets de l'action en justice exercée par ou contre un seul des co-obligés (10).

On peut enfin déceler une utilisation inexacte de l'idée de subrogation dans l'action, lorsque l'on considère comme un subrogé la personne ou l'organe qui agit en son nom propre en raison d'une prérogative fonctionnelle à elle conférée par la loi, comme au cas d'action en nullité de mariage exercée par le ministère public (11).

En face de telles incertitudes de la doctrine, il convient d'abord de définir les conditions requises pour qu'il y ait subrogation dans l'action et ensuite d'en préciser les effets.

§ 1er. — *Conditions de la subrogation dans l'action.*

107. *Enumération.* — Ce sont, tout d'abord, les conditions de la subrogation dans l'action, qui permettent de distinguer les cas de subrogation des cas de représentation et de ceux

(8) Carnelutti, Sistema di diritto processuale civile, t. 1, nº 142, p. 280-81.

(9) Carnelutti, op. cit., loc. cit.

(10) Carnelutti, Sistema di diritto processuale civile, t. 1, nº 142, p. 381.

(11) Carnelutti, Sistema di diritto processuale civile, nº 142 - d, p. 381.

où les demandeurs ont le droit d'agir parce qu'ils sont titulaires du droit litigieux.

Quelles sont alors ces conditions ?

Il faut en premier lieu, que le subrogé ait un intérêt personnel à l'action.

Mais cela n'est pas suffisant. Le droit positif ne protège pas toutes les situations dans lesquelles une personne a intérêt à ce qu'une autre fasse valoir son droit en justice ; l'interdépendance des intérêts est si fréquente, que l'on risquerait d'assister à un grand nombre d'actions relatives aux droits d'autrui, ce qui compromettrait gravement l'indépendance des personnes et des patrimoines. Il faut donc, en second lieu, que la relation, qui lie le demandeur au titulaire du droit litigieux, soit prise en considération par la loi : il s'agit alors d'un intérêt protégé pour lui-même. Pratiquement, la loi ne protège que les personnes qui sont en étroite relation avec le titulaire du droit litigieux, comme par exemple les créanciers ou les associés.

108. *Inutilité du maintien de la qualité du subrogeant.* — Faut-il enfin, pour caractériser la subrogation, retenir une troisième condition : le maintien de la qualité du titulaire du droit, pour saisir le juge par voie d'action directe ?

On a proposé, pour distinguer les cas de subrogation des cas de représentation, de se référé au maintien ou à l'élimination de la qualité du titulaire du droit pour saisir le juge. De la sorte, on a prétendu que, si le titulaire du droit conserve la qualité pour agir, il y a subrogation, tandis que, s'il n'a pas qualité, il y a représentation (12).

En réalité, il n'y a pas là un élément caractéristique de la subrogation dans l'action.

En effet, le représenté n'est jamais frappé d'un défaut de qualité. Au cas de représentation des incapables, si l'incapable ne peut pas figurer dans l'instance et doit être représenté, c'est en raison de son incapacité et non d'un défaut de qualité. Au cas de représentation conventionnelle, le mandant peut toujours se substituer à son mandataire, car il a toujours qualité pour agir.

A l'inverse, si, le plus souvent, la subrogation n'aboutit pas à l'élimination de la qualité du subrogeant, il arrive cependant que celui-ci, bien que titulaire du droit litigieux, soit frappé d'un véritable défaut de qualité : tel est le cas du failli subrogé par la masse des créanciers et de la femme dotale subrogée par le mari pour l'exercice des actions relatives à la dot.

(12) Carnelutti, Sistema di diritto processuale civile, t. 1, nº 142 - c.

A. — L'INTÉRÊT DU SUBROGÉ

109. *Fondement de l'exigence d'un intérêt chez le subrogé.* — Pour pouvoir agir comme subrogé dans l'action d'un tiers, il faut d'abord avoir un intérêt personnel, c'est-à-dire qu'il faut retirer, de l'exercice de l'action, un avantage certain (13).

Cette exigence est fondée sur la raison d'être de la technique de la subrogation dans l'action. Cette technique est utilisée en droit judiciaire, parce que la loi procédurale prend en considération l'interdépendance des intérêts (14). Cette idée signifie que la reconnaissance et la sanction du droit appartenant à une personne, peuvent être utiles, non seulement à celle-ci, mais aussi à d'autres personnes, parce que la satisfaction de l'intérêt de ces dernières dépend de la protection judiciaire accordée au titulaire du droit litigieux.

Dans ces conditions, il est évident que celui qui agit comme subrogé dans l'action d'un tiers, rapporte la preuve d'un intérêt personnel. En l'absence de cet intérêt, il ne peut pas y avoir de subrogation possible.

110. *Subrogation et représentation dans l'action.* — Cet élément caractéristique permet alors de distinguer les cas de subrogation des cas de représentation. Chaque fois qu'une personne a un intérêt propre, le poussant à provoquer la protection du droit d'un tiers, il y a subrogation. En revanche, lorsqu'une personne agit dans l'intérêt exclusif d'autrui, il y a représentation.

Ainsi, c'est sous l'angle de la subrogation qu'il faut envisager l'action oblique du créancier et les actions sociales exercées *ut singuli par* les membres d'un groupement. De même, le mari de la femme commune en biens, qui exerce les actions relatives aux propres de celle-ci, et celui de la femme dotale, qui exerce les actions relatives aux biens dotaux, agissent par subrogation parce qu'ils ont un intérêt personnel à l'action, le premier comme administrateur de la communauté dans laquelle tombent les revenus des propres de la femme, le second comme propriétaire des revenus des biens dotaux affectés aux besoins du ménage.

A l'inverse, le capitaine du navire, qui exerce les actions du propriétaire de celui-ci, agit, non par subrogation, mais par représentation de ce dernier, car il n'a pas d'intérêt personnel à l'action (15).

(13) Chiovenda, Istituzioni di diritto processuale civile, t. 2, n° 223; Carnelutti, Sistema di diritto processuale civile, t. 1, n° 142 - c.

(14) Carnelutti, Sistema di diritto processuale civile, t. 1, n^{os} 102 et 142 - b.

(15) Carnelutti, Sistema di diritto processuale civile, t. 1, n° 142.

111. *Subrogé et titulaire du droit litigieux.* — La distinction entre les cas où une personne agit comme titulaire du droit litigieux et celle où elle agit en qualité de subrogé, n'est pas difficile à faire lorsque le droit déduit en justice suppose de nombreuses prérogatives à caractère extra-judiciaire. Ainsi, il est aisé de dire si le demandeur en revendication de la propriété d'un bien agit comme propriétaire, ou comme créancier subrogé dans les actions de celui-ci. Le droit de propriété suppose de multiples prérogatives à caractère extra-judiciaire, comme le pouvoir d'aliéner le bien litigieux. Si le demandeur possède ce pouvoir, il est titulaire du droit. S'il ne peut qu'agir en justice, il agit comme subrogé.

Mais, il y a certains droits qui ne suppose guère d'autres prérogatives que le pouvoir d'agir en justice. Ainsi, le droit de critiquer un acte juridique nul ne s'exprime guère que par l'action en nullité (16). Comment alors discerner si le demandeur agit comme titulaire du droit, ou comme subrogé ?

Certains auteurs ont soutenu que les hypothèses dans lesquelles les tiers intéressés demandent la nullité d'un acte, nul de nullité absolue, constituent des cas de subrogation et ne correspondent donc pas à un droit propre de critique (17). D'autre part, la tendance de la plupart des auteurs modernes à définir la qualité comme l'aspect personnel de l'intérêt (18), ou comme l'élément qui vient préciser la légitimité de l'intérêt (19), aboutit à effacer la distinction entre les cas où le demandeur agit comme titulaire du droit et ceux où il agit comme subrogé : l'exigence d'un intérêt personnel est, en effet, commune aux deux techniques (20).

Il existe cependant une différence capitale entre ces deux situations, quand on se place au point de vue de l'intérêt. Il faut, en effet, distinguer entre l'intérêt entendu comme condition de la subrogation dans l'action, et l'intérêt compris comme condition de recevabilité de l'action en justice requis chez le titulaire du droit litigieux.

On peut dire qu'une personne agit en qualité de subrogé, lorsqu'elle doit établir, pour que l'action soit recevable, non seulement l'existence d'un intérêt qui lui est propre, mais encore l'existence, en la personne du titulaire du droit litigieux, d'un avantage personnel résultant de l'exercice de l'ac-

(16) Le titulaire de ce droit a aussi le pouvoir d'opposer l'exception de nullité.

(27) En ce sens, Carnelutti, Sistema de diritto processuale civile, t. 1, n° 142 - d.

(18) Morel, Traité élém. de proc. civ., n° 30.

(19) Brulliard, Proc. civ., n°s 30 et 35 ; Giverdon, La qualité, condition de recevabilité de l'action en justice, D. 1952, chronique p. 86.

(20) Comparer Hébraud, Rev. trim. de dr. civ. 1951, p. 545.

tion (21). C'est d'ailleurs en mettant l'accent sur la satisfaction de l'intérêt du titulaire du droit, que certains auteurs ont pu dire que le subrogé n'agit pas dans un intérêt personel (22).

A l'inverse, on peut dire qu'une personne agit en qualité de titulaire du droit litigieux, lorsqu'il lui suffit d'établir qu'elle poursuit la satisfaction d'un intérêt personnel, sans qu'il lui soit nécessaire d'établir que d'autres personnes doivent profiter de l'exercice de l'action. C'est ce qui se passe au cas d'action en nullité absolue exercée par les tiers intéressés, puisque ceux-ci n'ont pas l'obligation d'établir que l'action doit profiter aux parties à l'acte juridique entaché de nullité. On doit même remarquer que l'annulation de l'acte peut, quelquefois, être contraire aux intérêts de ces dernieres.

B. — PROTECTION LEGALE DU LIEN QUI UNIT LE DEMANDEUR AU TITULAIRE DU DROIT

113. *Nécessité d'une loi particulière.* — La seule existence d'une interdépendance d'intérêts, ne peut pas suffire pour que s'opère la subrogation, et que la seule volonté d'un intéressé puisse soumettre aux juges la contestation née sur l'existence ou la sanction d'un droit, qui appartient à une autre personne.

En effet, si admettre qu'une personne fasse valoir en justice le droit d'une autre personne, à laquelle d'ailleurs on reconnaît le plus souvent la qualité nécessaire, présente des avantages certains au cas de succès de l'action, cela peut aussi engendrer, en cas d'échec, de graves inconvénients. Le droit d'autrui risque de s'en trouver affaibli sinon détruit, alors que la protection de ce droit doit être principalement assurée par son propre titulaire.

C'est pourquoi, la loi ne fait pas, de l'existence d'un intérêt personnel, un principe général d'action en justice pour faire valoir les droits d'autrui.

La loi ne dispose que pour des cas particuliers. Elle n'attribue qualité à un intéressé. que lorsque le lien qui l'unit au titulaire du droit est suffisamment étroit pour justifier son ingérence dans les affaires de ce dernier. Toutefois, la juris-

(21) Cette observation est encore valable au cas de contentieux objectif. Sans doute n'est-il plus possible de parler alors de l'intérêt du titulaire du droit litigieux, puisque la contestation ne porte pas sur l'existence d'un droit subjectif, mais sur la violation de la légalité objective... Mais, il est d'autre part certain que le subrogé doit établir, non seulement qu'il retire un avantage personnel de l'exercice de l'action, mais aussi que le subrogeant a un intérêt personnel à l'exercice du recours. Sans quoi, le recours serait irrecevable...

(22) Morel, Traité élém. de proc. civ., nº 31.

prudence a souvent élargi le domaine de la subrogation : cela est particulièrement net dans la matière des actions sociales, exercées *ut singuli* par les membres d'un groupement, où elle tend à admettre la recevabilité de ces actions pour tous les groupements, même en l'absence d'une disposition législative (23).

113. *Nature du lien qui unit le subrogé au titulaire du droit.* — La loi admet la subrogation dans l'action dans de multiples circonstances.

Parfois, la subrogation a une origine conventionnelle. Il en est ainsi pour l'action oblique exercée par le créancier à la place de son débiteur, lorsque son droit de créance résulte d'un contrat. Il en est encore ainsi, pour les actions sociales exercées *ut singuli* par les membres d'un groupement, lorsque ce groupement a été formé par la convention.

D'autrefois, la subrogation a une origine légale. Il en est, par exemple, ainsi de la subrogation des porteurs de parts de fondateur dans les actions de la masse des porteurs de part et de celle des créanciers de la faillite dans les actions de la masse des créanciers.

Enfin, la subrogation a une origine judiciaire lorsqu'elle est née d'un décision de justice. La masse des créanciers de la faillite est subrogée dans les actions du failli par le jugement déclaratif de faillite. Sans doute, avant l'ouverture de la faillite, les créanciers étaient déjà subrogés dans les droits et actions de leur débiteur, en vertu de l'article 1166 du Code Civil. Mais, le dessaisissement du failli, résultant du jugement déclaratif, renforce les prérogatives de ses créanciers, et donne plus d'intensité à leur subrogation, puisque le failli est désormais sans qualité pour exercer, lui-même, les actions relatives aux droits dont il demeure le titulaire.

§ 2. — *Effets de la subrogation dans l'action.*

114. *Idée générale.* — Au cas de subrogation, les sujets de l'action agissent en leur nom propre pour la défense du droit d'autrui : ils ont un droit propre, un droit personnel à agir (24).

Puisque le subrogé agit en son nom propre, il agit en qualité de partie et, à ce titre, subit personnellement les conséquences de l'action. Mais, d'autre part, l'activité du subrogé a une efficacité certaine sur le patrimoine même du subrogeant.

(23) Infra, n° 154.

(24) Morel, Traité élém. de proc. civ., n° 31, p. 34 ; Chiovenda, Istituzioni di diritto processuale civile, paragraphe 35, n° 1223 ; Carnelutti, Sistema di diritto processuale civile, n° 142 - c.

A. — EFFETS A L'EGARD DU SUBROGÉ

115. *Enumération.* — La subrogation dans l'action, donnant au subrogé la qualité de partie à l'instance, il s'ensuit que celui-ci subit les conséquences qui sont attachées à la qualité de partie au rapport d'instance et, d'autre part, obtient la condamnation à son profit personnel.

1° *La situation du subrogé dans l'instance*

116. *Activités attachées à la qualité de partie.* — Dans l'instance, le subrogé accomplit toutes les activités attachées à la qualité de partie. Les actes de l'instance sont accomplis en son nom propre. A sa qualité de partie, sont encore attachées les obligations qui pèsent sur celle-ci : incapacité de témoigner, etc... Du reste, dire que le subrogé est partie, ne signifie pas cependant, que ceui-ci puisse accomplir toutes les activités attachées à cette qualité ; il peut y avoir des activités de partie à l'instance auxquelles la loi attribue une importance, seulement lorsqu'elles émanent de celui qui est titulaire du droit litigieux (telles que le serment, l'aveu, la renonciation ou l'acquiescement) ou de celui qui est le représentant du titulaire du droit. De semblables activités ne pourraient pas être accomplies par le subrogé : l'activité de partie de celui-ci est donc circonscrite dans sa propre condition (25).

117. *Frais et dépens de l'instance.* — Le subrogé doit faire aussi les frais de l'instance et au cas d'échec répond des dépens du litige (26) : la responsabilité du subrogé en cette matière, résulte de ce qu'il agit dans son intérêt personnel.

2° *Le bénéfice du jugement.*

118. *Attribution du bénéfice du jugement au subrogé.* — Le jugement est prononcé au bénéfice du subrogé, et non pas à celui du subrogeant. L'autorité de la chose jugée sur son action se produit également à son égard.

Rien de tel n'existe en matière de représentation. En effet, c'est le représenté qui est partie à l'instance engagée en son nom par le représentant, qui supporte les dépens de l'instance et c'est aussi au profit du représenté que le jugement est prononcé et entraîne l'autorité de la chose jugée sur le bien fondé de la demande.

(25) Chiovenda, Istituzioni di diritto processuale civile, n° 223.
(26) Ciovenda, op. cit., loc. cit. ; Carnelutti, Sistema di diritto processuale civile, n° 142 - c.

B. — EFFETS A L'EGARD DU SUBROGEANT

119. *Raison d'être de ces effets.* — L'exercice de l'action par le subrogé entraîne cependant des conséquences au regard du sujet du droit litigieux pour lequel le subrogé est en litige. Il serait, en effet, absurde que la loi autorisât telle personne à faire valoir en justice le droit d'autrui, et qu'en même temps, elle ne reconnaisse pas, à l'activité de celle-ci, une pleine efficacité relativement au droit qu'elle fait valoir (27).

1° *Position du subrogeant relativement à l'instance.*

120. *Intervention dans l'instance du subrogeant.* — Le subrogeant n'est pas partie à l'instance. Toutefois, comme l'action du subrogé risque d'affaiblir son droit, il peut intervenir dans l'instance. En pareil cas, il y figure, non comme partie représentée par le demandeur, mais comme intervenant, par cela seul que c'est son droit qui est en cause (28).

Il peut même, dans certains cas (action oblique) (29) être mis en cause par les sujets de l'action. Il ne peut pas alors se soustraire à l'intervention forcée.

Exceptionnellement, le subrogeant ne peut pas intervenir dans l'instance, lorsqu'il est frappé d'un défaut de qualité. Il en est, par exemple, ainsi du failli. Dans ce cas, il n'est pas cependant représenté. On l'écarte de l'action, parce que son point de vue et ses intérêts sot négligeables, au regard des intérêts du subrogé.

121. *Remboursement des frais de poursuite.* — Relativement à l'instance, il arrive quelquefois que le demandeur ait le droit de réclamer, au titulaire du droit, le remboursement de ses débours. Il en est ainsi au cas de clôture de la faillite pour insuffisance d'actif : le jugement de clôture fait rentrer chaque créancier dans l'exercice de ses actions individuelles (art. 527 du Code de Commerce), mais le produit de ces poursuites appartient cependant à la masse, qui n'a pas cessé d'exister : la loi dispose alors que, au cas de report du jugement de clôture pour insuffisance d'actif, les frais de poursuite, exposés par les créanciers qui ont exercé contre le failli leurs actions individuelles, doivent être préalablement acquittés par la masse qui revendique le bénéfice du jugement.

2° *Effet du jugement à l'égard du subrogeant.*

122. *Absence d'unité en cette matière.* — Il est certain que le jugement intervenu sur l'action du subrogé a effet à l'égard

(27) Chiovenda, Istituzioni di diritto processuale civile, paragraphe 35, n° 223.

(28) Chiovenda, op. cit., loc. cit.

(29) Ripert et Boulanger, Traité élém. de dr. civ. de Planiol, t. 2, n° 1400.

du subrogeant. On doit admettre, également, que la décision produit son effet à l'égard de son ayant cause à titre particulier, au cas de transfert de droit en cours d'instance (30). Il serait, en effet, absurde d'admettre l'action du subrogé et en même temps, de ne reconnaître, à l'égard du subrogeant, aucun effet au jugement intervenu sur l'action du subrogé.

Mais de quelle nature sont ces effets ?

Lorsque le subrogé a triomphé dans l'exercice de l'action, il n'y a aucune difficulté. Le titulaire du droit, ainsi reconnu et sanctioné profite de la décision. Il encaisse le produit des poursuites ou bénéfice des avantages qui lui ont été reconnus dans le jugement.

Les difficultés commencent lorsque le subrogé a été débouté de sa demande, sur le bien fondé de celle-ci. S'il est vrai que le jugement doit avoir effet à l'égard du subrogeant, il est cependant certain que cela ne peut se faire de plein droit, en raison du principe de l'autorité relative de la chose jugée (21).

A ces difficultés, il n'y a pas de réponse unique. Les effets du jugement de déboutement varient selon les cas, parce que la subrogation n'a pas toujours la même intensité.

Parfois, le jugement n'est pas opposable de plein droit au titulaire du droit, et il 'est pas possible de le mettre en cause ; s'il intervient, c'est volontairement. D'autre fois, bien que le jugement ne puisse pas être opposé de plein droit au subrogeant, il est possible de le mettre en cause pour le lui rendre opposable et, dans ces conditions, il ne pourra pas se soustraire à cette demande en intervention. Enfin, lorsque le titulaire du droit est frappé d'un défaut de qualité, le jugement lui est opposable de plein droit.

123. *Cas où le jugement n'est pas opposable au subrogeant.* — Parfois, bien qu'elle prenne en considération l'interdépendance des intérêts entre deux personnes, la loi ne veut pas que le subrogé puisse rendre opposable au titulaire du droit, par sa seule volonté, le jugement prononcé sur sa demande. Sans doute, son intérêt mérite-t-il d'être protégé. Mais il ne faut cependant pas que le titulaire du droit litigieux subisse les conséquences de l'échec du demandeur ; le souci de préserver l'indépendance du patrimoine du titulaire du droit, domine dans l'organisation de l'action par la loi.

(30) Chiovenda, Istituzioni di diritto processuale civile, t. 2, nº 223.

(31) En matière de contentieux objectif, où les décisions intervenues ont une autorité absolue, il n'y a pas de difficulté. La décision est opposable au subrogeant, non parce qu'il a cette qualité, mais par cela seul qu'elle est opposable à toute personne, même si elle n'a pas été partie à l'instance.

Il en est ainsi, par exemple, pour l'action que les syndicats, parties à la convention collective de travail, exercent en faveur de leurs membres, victimes d'une violation de la convention collective. Il en va de même pour la plupart des actions sociales, exercées *ut singuli*, par les membres d'un groupement.

Sans doute, le subrogeant peut intervenir dans l'instance engagée par l'intéressé. Mais cette intervention est toujours volontaire. Le demandeur et l'autre partie à l'instance ne peuvent pas faire une demande en intervention forcée.

124. *Intervention forcée du titulaire du droit.* — Dans d'autres cas, la loi renforce la protection de l'intérêt du demandeur, en lui donnant le pouvoir de mettre en cause le titulaire du droit.

Sans doute, le jugement n'est pas, de plein droit, opposable à ce dernier. Sa mise en cause est nécessaire. Mais son intervention est forcée et il ne peut donc se soustraire à cette obligation. Ayant été partie à l'instance, le jugement lui est opposable.

Telle est la situation du débiteur de la personne qui exerce l'action oblique, en vertu de l'article 1166 du Code Civil.

125. *Opposabilité de plein droit du jugement.* — Enfin, il arrive que le jugement prononcé sur la demande du subrogé soit opposable, de plein droit, au titulaire du droit litigieux, sans qu'il ait été nécessaire de le mettre en cause dans l'instance.

Il en est ainsi, en matière de faillite, pour le débiteur failli et, en matière de régimes matrimoniaux, pour la femme dotale, lorsque le mari a provoqué une décision relative aux biens dotaux.

Le fondement de cette opposabilité de plein droit du jugement réside dans le souci de protection exclusive des intérêts du subrogé. La loi a voulu, avant tout, assurer la protection des intérêts de la masse de créanciers de la faillite et de ceux du mari de la femme dotale pour les besoins du ménage. Pour atteindre ce but, elle a frappé le titulaire du droit d'un véritable défaut de qualité. Elle y est parvenue, en matière de faillite par exemple, par le dessaisissement du failli que l'on a analysé en un renforcement des prérogatives que l'article 1166 du Code Civil confère aux créanciers (32).

Dès lors, le subrogeant étant sans qualité pour agir et donc pour intervenir, il n'est plus nécessaire de le mettre en cause. Le jugement lui est opposable de plein droit.

(32) Note Bourcart, au S. 1929-1-81 ; Escarra, Manuel de dr. comm., t. 2, n° 1506.

Ici, la condition du subrogeant est très proche de celle du représenté. La doctrine, habituellement, considère qu'il y a représentation, puisque les conséquences de l'action, exercée par le subrogé, se produisent, de plein droit, dans le patrimoine du titulaire du droit litigieux. Toutefois, cette interprétation est inexacte. Pour qu'il y ait représentation, il faut que le représentant agisse dans l'intérêt exclusif du représenté. Or, ici, ce qui pousse le demandeur à agir, c'est, avant tout, son intérêt personnel qu'il entend sauvegarder, quelquefois même au détriment de l'intérêt propre du titulaire du droit. Il y a donc subrogation dans l'action (33).

SECTION II

Les cas de subrogation dans l'action en droit positif

126. *Enumération.* — Dans le droit positif, les cas de subrogation dans l'action sont très nombreux.

Ce sont d'abord les créanciers qui peuvent agir par subrogation, en exerçant les actions de leurs débiteurs. La subrogation existe encore dans le droit des régimes matrimonaux, où le mari exerce, dans certains cas, les actions de sa femme. L'importance croissante des groupements exige, enfin, une étude détaillée des nombreux cas où la subrogation joue dans les rapports du groupement et de ses membres.

§ 1r. — *La subrogation et les droits des créanciers.*

127. *L'article 1166 du Code Civil.* — Les créancier, pour la poursuite de ce qui leur est dû, peuvent exercer les actions de leur débiteur (article 1166 du Code Civil) par la voie oblique. C'est l'une des prérogatives qui leur sont attribuées, comme conséquence de l'article 2093 qui dispose que les biens du débiteur sont « le gage commun de ses créanciers », et donne ainsi, au créancier, un droit sur le patrimoine du débiteur (34).

A. — DOMAINE D'APPLICATION DE L'ACTION OBLIQUE

1° *Actions susceptibles d'être exercées par voie oblique.*

128. *Généralité du pouvoir d'action oblique des créanciers.* — Les créanciers peuvent exercer par la voie oblique toutes

(33) Cf. Supra, n° 110.

(34) Ripert et Boulanger, Traité élém. de dr. civ. de Planiol, t. 2, n° 1381.

les actions que leur débiteur serait en droit d'exercer sauf celles qui sont exclusivement attachées à sa personne.

En règle générale, ce sont toutes les actions qui peuvent être exercées par voie oblique, alors que les créanciers ne disposent d'aucune action directe.

Ainsi, lorsque l'un des copartageants demande la rescision pour lésion du partage d'une succession, le tiers acquéreur d'un bien, mis dans la part de l'un des cohéritiers, peut exercer, du chef de son débiteur, le droit attribué par l'article 891 du Code Civil, aux héritiers défendeurs à l'action, d'empêcher la rescision, en fournissant au réclamant le supplément de sa portion héréditaire, soit en nature, soit en argent (35). Au cas de rescision pour lésion dans la vente d'immeuble, les sous-acquéreurs, atteints par l'effet de la rescision, ont, au contraire, une action directe en vertu de l'article 1681, alinéa 2, qui leur donne la même faculté qu'à l'acheteur primitif, d'écarter le vendeur en lui payant le supplément de prix auquel il a droit (36).

Dans le droit des sociétés, la jurisprudence déclare recevable l'exercice, par les créanciers sociaux, des actions de la société débitrice en vertu de l'article 1166 du Code Civil (37), alors qu'elle repousse les actions que ceux-ci exercent en leur nom propre, comme conséquence d'un droit qui leur appartiendrait personnellement (38).

C'est encore la technique de l'action oblique qui donne au créancier du co-propriétaire d'un immeuble indivis qualité pour exercer l'action en partage, afin de procéder, ensuite, à la saisie de la part de son débiteur, puisque le droit français exclut la possibilité de saisir, avant le partage, la partie indivise d'un immeuble, à la demande de celui qui n'est pas créancier de tous les co-propriétaires : le droit de provoquer le partage prévu par l'article 2205 n'est pas, en effet, un droit propre, mais un cas d'application de la règle générale posée dans l'article 1166 (39).

(35) Lyon, 20 mai 1948, Journal des Notaires, 1949, p. 34, note Javon.

(36) Ripert et Boulanger, Traité élém. de dr. civ. de Planiol, t. 2, n° 2577.

(37) Voir, Paris, 9 fév. 1877 (motifs), Réq. 26 mars 1878, S. 1879-1-17 ; Trib. Comm. Le Havre, 8 mai 1901, Journal des Sociétés, 1902, p. 362 ; Trib. Comm. Le Havre, 24 juin 1902, Journal des Sociétés, 1904, p. 444 ; Lyon, 7 déc. 1905, Journal des Sociétés, 1906, p. 402.

(38) Voir par exemple, Cass., 14 janv. 1952, Bull. Cass. civ., 1952-II - n° 20, p. 15, pour le cas d'action en nomination d'un liquidateur.

(39) Ripert et Boulanger, Traité élém. de dr. civ. de Planiol, t. 3, n° 3038.

129. *Exceptions.* — Exceptionnellement, il y a des actions que les créanciers ne peuvent pas exercer par voie oblique. Ce sont les actions exclusivement attachées à la personne du débiteur, c'est-à-dire toutes les actions extra patrimoniales (actions concernant l'état des personnes, telles que l'action en désaveu de paternité, action en nullité de mariage, demande en divorce et séparation de corps, actions en réclamation ou en contestation de filiation), certaines actions comprises dans le patrimoine, telles que celles qui sont relatives à des biens insaisissables, ou celles des actions patrimoniales dont l'exercice suppose l'appréciation d'un élément moral (action en séparation de biens de la femme contre son mari,, action en réparation du préjudice causé à la personne physique, etc..).

2° *Cas de faillite.*

130. *Renforcement des prérogatives des créanciers du failli.* — Dans la procédure de faillite, les droits et actions du failli sont exercés, non plus par les créanciers individuellement, mais par la masse des créanciers, représentée par son organe, le syndic de la faillite.

La masse jouit des mêmes pouvoirs d'agir que chacun des créanciers à titre individuel avant l'ouverture de la faillite, et se trouve, en même temps, soumise aux mêmes limitations en ce qui concerne les actions attachées exclusivement à la personne du débiteur.

Sans doute, le failli se trouve-t-il déssaisi de l'administration de son patrimoine en vertu de l'article 443, alinéa 1, du Code de Commerce, de sorte que, relativement aux actions qui concernent son patrimoine, il se trouve frappé d'un véritable défaut de qualité, ou, pour le moins, dans l'impossibilité d'obtenir un jugement opposable à la masse des créanciers (40). Mais le dessaisissement ne s'analyse pas autrement qu'en un renforcement de la prérogative conférée aux créanciers par l'article 1166 ; de simple faculté qu'elle est en temps ordinaire, cette prérogative devient, pendant la faillite, un droit exclusif qui s'impose au débiteur (41).

3° *Cas de garantie.*

131. *Assimilation du garant à un créancier.* — On peut encore assimiler à un cas d'application de l'article 1166, l'hypo-

(40) En ce sens, Cass. Comm., 15 juillet 1953, Bull. Cass. Civ., 1953, III, n° 262 ; C.E., 9 nov. 1949, Marquis contre ville de Nanterre, Rec. Leb., 1949, p. 467.

(41) En ce sens, note Bourcart sous Civ. 16 juil. 1928, S. 1929-1-81 ; voir aussi Escarra, Manuel de dr. comm., t. 2, n° 1506.

thèse du garant qui peut agir en justice pour ce qui regarde l'obligation du garanti de restituer la chose qu'il possède.

La Cour de Cassation a, d'ailleurs, en matière de garantie, récemment déclaré recevable le pourvoi formé par le garant contre le demandeur principal, dans une espèce où le garanti était le véritable adversaire devant les juges du fond et avait négligé d'épuiser les voies de recours. Le garant demandeur au pourvoi avait seulement subi un préjudice du fait de la décision qu'il attaquait (42).

B. — CARACTERES DE L'ACTION OBLIQUE

132. *Idée générale.* — Les créanciers, qui exercent l'action oblique, font valoir en justice le droit de leur débiteur. Sans doute, ont-ils un intérêt personnel dans l'action. Mais cet intérêt n'est pas dans l'avantage dont ils bénéficieraient, en obtenant la solution d'une contestation relative à un droit dont ils seraient les titulaires. L'intérêt des créanciers tient dans l'avantage qu'ils retirent, indirectement, de la solution du litige né sur le droit de leur débiteur.

Mais, s'ils exercent l'action de leur débiteur, les créanciers n'agissent pas en qualité de représentants, mais en leur nom propre, comme subrogés dans les actions de celui-ci.

1° *Exercice de l'action du débiteur.*

133. *Conséquences de cette idée sur la recevabilité de l'action.* — L'action du créancier est appelée action oblique, ou action indirecte, parce que le créancier n'exerce pas une action qui lui serait propre, mais bien celle de son débiteur. Il n'est pour le tiers qu'il poursuit, qu'un adversaire apparent : c'est toujours son débiteur qui est le véritable maître du droit exercé (43).

Cette idée emporte un certain nombre de conséquences sur la recevabilité de l'action, tout d'abord.

Il faut que les conditions de recevabilité de l'action soient réunies en la personne du débiteur, à l'exception de la qualité qui est appréciée dans la personne du créancier. Il faut donc que le créancier invoque un droit, dont le débiteur est titulaire, et qu'il établisse que celui-ci a un intérêt personnel, plus exactement qu'il retire un avantage de l'action du créancier destiné à obtenir la protection de son droit.

D'autre part, si le débiteur a déjà fait valoir son droit en justice, les créanciers ne peuvent pas recommencer l'action de

(42) Cass. comm., 7 déc. 1953, S. 1954, chr. p. 16.

(43) Morel, Traité élém. de proc. civ., n° 31 ; Chiovenda, Istituzioni di diritto processuale civile, t. 2, n° 224 ; Ripert et Boulanger, Traité élém. de dr. civ. de Planiol, t. 2, n° 1403.

leur côté ; ils peuvent seulement intervenir dans l'instance à laquelle leur débiteur est partie, si l'on n'a pas encore prononcé de jugement définitif (44).

Si les créanciers avaient agi et que le débiteur se soit décidé, par la suite, à faire valoir lui-même son droit, son action arrête celle déjà intentée par les créanciers.

Il n'en est autrement qu'au cas de faillite. En effet, le failli, dessaisi de l'administration de ses biens, au profit de la masse des créanciers, est frappé d'un véritable défaut de qualité ou, pour le moins, ne peut pas obtenir de jugement opposable à la masse. Dès lors, le failli ne peut pas arrêter l'action du syndic, représentant de la masse ; d'autre part, si, après l'ouverture de la faillite, le débiteur failli avait exercé l'une des actions, dont il se trouvait dessaisi, le syndic ne pourrait se voir opposer le jugement intervenu entre le failli et un tiers, s'il exerçait lui-même cette action.

134. *Conséquences sur les éléments de la demande.* — Du point de vue des éléments de la demande, l'idée selon laquelle le créancier exerce l'action de son débiteur, explique que le demandeur puisse solliciter, non seulement le montant de sa créance, mais aussi la totalité de la somme due par le tiers (45). On doit également rattacher à cette idée le fait que l'objet de la condamnation est un bien qui n'appartient nullement au créancier poursuivant, mais fait partie du patrimoine du débiteur et rentre en fin de compte dans celui-ci, pour devenir le gage commun de tous les créanciers (46). De la sorte, le jugement prononcé sur l'action du créancier, exclut nécessairement toute autre action relative au même droit. On constate ici un phénomène comparable à celui qui se produit en cas de représentation. L'affinité entre les deux types juridiques explique pourquoi la doctrine confond facilement les deux cas.

Au cas d'action directe, au contraire, le créancier poursuivant possède, de son propre chef, un droit direct contre le débiteur de son débiteur. Il en résulte qu'il conserve pour lui le montant de la condamnation (47) calculée, non pas d'après l'importance de la créance de son débiteur, mais d'après celle de sa propre créance.

(44) Civ., 26 juil. 1954, D. 1854-1-563 ; Orléans, 16 août 1882, D. 1884-2-36. Voir cependant Req., 29 juil. 1867, D. 1868-1-35, S. 1867-1-403.

(45) Trib. Civ. Le Havre, 4 nov. 1932, G.P. Table quinquennale 1930-35, V° Créanciers, n° 9. Ripert et Boulanger, Traité élém. de dr. civ. de Planiol, t. 2, n° 1405.

(46) Ripert et Boulanger, Traité élém. de dr. civ. de Planiol, t. 2, n° 1407.

(47) Ripert et Boulanger, Traité élém. de dr. civ. de Planiol, t. 2, n° 1408.

2° *Le subrogé agit en son nom propre.*

135. *Absence de représentation du débiteur.* — On explique, parfois, la nature de l'action oblique, par l'idée de représentation du débiteur par le créancier (48). Au cas de faillite notamment, la grande majorité de la doctrine prétend que le syndic, en même temps qu'il représente la masse, représente aussi le failli.

Il est, en réalité, inexact d'assimiler l'action du créancier à celle d'un représentant, car ce n'est pas en cette qualité qu'il agit, mais bien en son nom propre, comme subrogé. Celà est vrai pour les créanciers ordinaires, mais l'est aussi pour la masse des créanciers (49), car ils ont les uns et les autres un intérêt personnel à exercer l'action.

136. *Conséquences.* — De ce que le créancier agit en son nom propre, il faut tirer les conséquences suivantes :

a) Un certain nombre de conditions sont requises du côté du demandeur, pour que l'action soit recevable (50). Il faut d'abord qu'il ait la qualité de créancier (51), et qu'il s'agisse d'une créance exigible (52). Mais il n'est pas nécessaire que le créancier soit pourvu d'un titre exécutoire (53).

Il faut, ensuite, que le créancier ait intérêt à intenter l'action oblique. Il ne saurait prétendre que, puisqu'il exerce l'action de son débiteur, il suffit que ce dernier y ait intérêt. Décider le contraire, serait permettre une ingérence inadmissible des créanciers dans les affaires de leurs débiteurs. L'art. 1166 a, en effet, pour but de protéger les intérêts des créanciers ; ce texte ne peut donc pas jouer si ces intérêts ne sont pas compromis (54). Le défaut d'intérêt peut être soulevé non seule-

(48) Ripert et Boulanger, Traité élém. de dr. civ. de Planiol, t. 2, n° 1386.

(49) En ce sens, Stregemann cité par Chiovenda, Istituzioni di diritto processuale civile, n° 223.

(50) Morel, Traité élém. de proc. civ., p. 34, note 3.

(51) Cf. par exemple, Trib. civ. Le Havre, 4 nov. 1932, G. P., Table quinquennale, 1930-35, V° Créanciers, n° 7.

(52) Civ. 26 juil. 1854, D. 1854-1-303 ; Req., 25 mars 1924, D. H. 1924-282, S. 1924-1-67. Dans son art. 106, le projet franco-italien de code des obligations reconnaît, au contraire, aux créanciers à terme le droit d'agir.

(53) Civ., 1er juin 1858, D. 1858-1-236, S. 1859-1-417 ; Dijon, 26 janv. 1870, D. 1871-2-46 ; Req. 8 juil. 1901, D. 1901-1-498, S. 1902-1-113, note Lyon-Caen.

(54) Ripert et Boulanger, Traité élém. de dr. civ. de Planiol, t. 2, n° 1397 ; Req. 13 janv. 1873, D. 1873-1-151, S. 1873-1-145 ; Cass. civ. 11 juil. 1951, G.P. 1951-2-258, Rev. Trim. de dr. civ., 1951, obs. Hebraud, p. 543.

ment par le débiteur, mais aussi par celui contre lequel l'action est intentée (55).

b) Le créancier subrogé a la qualité de partie à l'instance et la condamnation est prononcée en son nom. Le débiteur lui demeure, en principe, étranger. Cependant, pour que la décision ait l'autorité de la chose jugée à l'égard de celui-ci, il est nécessaire de le mettre en cause (56). Il faut observer toutefois que si la sentence ne peut être prononcée qu'en présence du débiteur, titulaire du droit, pour qu'elle lui soit opposable, celui-ci est appelé en cause par ce seul effet, et non pas comme partie (57).

§ 2. — *La subrogation et le régime matrimonial.*

A. — ACTIONS EXERCEES PAR LE MARI

1° *La subrogation dans les régimes communautaires.*

137. *Cas de subrogation.* — Dans les régimes communautaires, le mari peut certainement exercer les actions relatives à ses biens propres. Il s'agit ici de droits dont il est le titulaire exclusif.

Mais lorsqu'il s'agit, non plus d'actions relatives aux propres du mari, mais d'actions relatives aux biens communs et aux biens propres de la femme, on peut se demander si le mari a le pouvoir d'exercer seul les actions communes et même une quelconque qualité pour exercer les actions relatives aux propres à sa femme.

a) Pour ce qui est des actions communes, le mari peut les exercer toutes et a même seul qualité pour celà à l'exclusion de la femme. L'art. 1388 du Code Civil dispose en effet, en règle générale, que le mari détient, en sa qualité de chef de communauté, tous les pouvoirs d'administration de la masse commune ; la femme n'a de pouvoirs que dans des cas exceptionnels, mais les actions en justice lui échappent toujours (58).

b) Les règles d'organisation de la communauté attribuent encore au mari presque toutes les actions relatives aux propres de sa femme. L'art. 1428 du Code Civil distingue entre les actions mobilières et les actions immobilières possessoires d'une part, et les actions immobilières pétitoires d'autre part.

Les premières peuvent être exercées seules par le mari. Cela résulte, pour les actions possessoires, de ce que le mari a « pos-

(55) Cass. civ., 11 juil. 1951, précité.

(56) Ripert et Boulanger, Traité élém. de dr. civ. de Planiol, t. 2, n° 1400.

(57) Chiovenda, Istituzioni di diritto processuale civile, t. 2, n° 223.

(58) Ripert et Boulanger, Traité élém. de dr. civ., t. 3, n° 551.

session et jouissance des propres de sa femme » (59) ; cette faculté lui est indispensable pour protéger le droit de jouissance de la communauté (60). Pour les actions mobilières, cela résulte aussi de la règle selon laquelle, non seulement les fruits et revenus des propres de la femme sont soumis à la jouissance de la communauté, mais encore les capitaux exigibles viennent se fondre avec les deniers communs, par l'effet de ce que l'on peut appeler le quasi-usufruit de la communauté (61).

La règle d'exercice par le mari de ces actions a une portée générale. Le mari est donc qualifié non seulement activement, mais passivement. Cette règle ne souffre de limites que lorsqu'il s'agit d'actions ayant un caractère strictement personnel, comme l'action en réparation du préjudice corporel subi par la femme (62). La jurisprudence ancienne avait même donné, au mari, le droit de porter l'action civile devant la juridiction répressive (63).

On refuse, au contraire, au mari, l'exercice des actions pétitoires immobilières appartenant à la femme (64). Ici c'est la femme qui doit agir, et c'est contre elle que l'action du tiers doit être dirigée. Si la femme est hors d'état de manifester sa volonté, le mari peut se faire habiliter, par l'autorité de justice, à exercer l'action par représentation de sa femme (art. 219 du Code civil). Mais, dans toute autre hypothèse, le mari ne peut vaincre la résistance de la femme qui se refuse à exercer l'action. Il n'est pas cependant dépourvu de toute ressource : il peut, en effet, exercer une action confessoire relative à l'usufruit de la communauté sur les propres de la femme, qui lui est ouverte comme à un usufruitier ordinaire (65) : mais il s'agit là, non d'une action exercée pour le compte de la femme, mais d'une action commune, exercée en vertu de sa qualité de chef de communauté.

2° *La subrogation dans le régime dotal.*

138. *Subrogation dans les actions dotales.* — L'exercice des actions dotales appartient au mari seul. L'article 1549 du Code civil prescrit que le mari a « seul le droit de poursuivre les

(59) Voir Loysel, Institutes coutumières, n° 118.

(60) Ripert et Boulanger, Traité élém. de dr. civ., t. 3, n° 629.

(61) Ripert et Boulanger, Traité élém. de dr. civ., t. 3, n° 630.

(62) Trib. Ruffec, 30 oct. 1902, S. 1906-2-100 ; Trib. Laval, 27 juil. 1932, S. 1932-2-169, note Cendrier ; voir Savatier, Traité de la Responsabilité civile, t. 2, n° 627.

(63) Crim. 23 mars 1866, D. 1867-1-129 ; Rennes, 22 nov. 1865, S. 1866-2-54 ; Angers, 28 mars 1866, S. 1866-2-212.

(64) En ce sens, Ripert et Boulanger, Traité élém. de dr. civ., t. 3, n° 632 ; Bourges, 31 déc. 1894, D. 1895-2-406, S. 1895-2-82.

(65) Orléans, 31 janv. 1898, D. 1900-2-237.

débiteurs et les détenteurs de biens dotaux ». Ici, le mari exerce toutes les actions dotales, y compris les actions pétitoires immobilières.

D'autre part, si sa qualification active ne fait aucun doute, on s'est demandé si, en attribuant au mari le droit de *poursuivre* les débiteurs et détenteurs, le Code civil ne lui refusait pas la qualification passive. Mais il semble que l'on doive lui reconnaître aussi le pouvoir de défendre à l'action (66).

La qualité du mari souffre cependant des limitations dans trois cas où le pouvoir d'agir appartient, conjointement, à la femme et au mari : la demande en partage des biens dotaux indivis entre la femme et des tiers ne peut être formée par le mari qu'avec le concours de la femme (67) ; la procédure de saisie immobilière doit être dirigée à la fois contre le mari et la femme (article 2208 du Code civil) ; l'instance, tendant à faire fixer le chiffre de l'indemnité d'expropriation pour cause d'utilité publique, doit être poursuivie, en même temps, contre les deux époux (68).

B. — NATURE DU POUVOIR D'ACTION DU MARI

139. *Idée générale.* — Le mari agit par subrogation. Il n'est pas titulaire du droit déduit en justice. Il le fait cependant valoir non comme représentant de la femme, mais en son nom propre.

1° *Le mari fait valoir le droit de la femme.*

140. *Protection du droit de la femme.* — Dans le cas que l'on vient d'exposer, le mari ne réclame pas la protection de droits qui lui sont propres.

Cela est évident lorsqu'il exerce les actions relatives aux biens dotaux et aux biens propres de la femme. La dot demeure en règle générale, dans notre droit positif actuel, la propriété de la femme ; seulement elle constitue une masse de biens affectée aux besoins du ménage, de sorte que le mari exerce, sur celle-ci, un droit de jouissance, qui traduit la réalisation de cette affectation (69). Les propres de la femme demeurent également sa propriété personnelle ; mais là encore, ceux-ci se trouvent grevés d'une sorte d'usufruit dont le titulaire est, non pas le

(66) Ripert et Boulanger, Traité élém. de dr. civ. de Planiol, t. 3, n° 1121 ; Aubry et Rau, Droit civil français, par P. Esmein, 8, paragraphe 533, note 7 ; contra, Riom, 28 janv. 1844, S. 1846-2-17.

(67) Civ. 21 janv. 1846, D. 1846-1-10, S. 1846-1-263 ; Bordeaux, 30 mai 1871, D. 1874-2-15, S. 1871-2-147.

(68) Décret-loi du 18 août 1935, art. 15.

(69) Ripert et Boulanger, Traité élém. de dr. civ. de Planiol, t. 3, nos 1170 et suivants.

mari, mais la communauté (70), puisque la masse commune est une masse de biens affectée à l'intérêt commun des deux époux. Cela reste encore vrai, au moins partiellement, dans le cas des actions communes. Si la communauté était une personne morale, le mari agirait comme organe du groupement, par représentation ; mais il ne semble pas possible d'attribuer à la communauté le bénéfice de la personnalité morale. La nature juridique de la communauté semble davantage s'apparenter à l'indivision ; sans être une indivision ordinaire, elle est une indivision « sui generis ». Le mari, qui exerce les actions communes, agit sans doute pour partie en vue de la protection de sa part d'indivision, de son droit propre. Mais il n'agit pas seulement pour faire valoir son droit, il fait aussi valoir le droit de sa femme dans la masse indivise, de sorte que, relativement à celle-ci, il agit comme subrogé.

141. *Conséquences.* — De ce que le mari exerce les droits de sa femme totalement ou partiellement, il faut tirer les conséquences suivantes. Du point de vue de la recevabilité, le mari doit établir un certain nombre de conditions relatives à la femme, pour que l'action soit recevable. Il faut que, si la femme exerçait elle-même l'action, elle ait la possibilité d'être titulaire du droit dont on réclame la protection. Il faut ensuite qu'un intérêt actuel, personnel à la femme, justifie l'exercice de l'action.

Du point de vue du bénéfice de la condamnation, on admet que celle-ci doit, en définitive, profiter à la femme, ou être supportée par elle, sous réserve du droit de jouissance de la communauté, ou du mari au cas de régime dotal.

2° *Le mari agit en son nom propre* (73).

142. *Absence de représentation.* — On a parfois soutenu que le mari est le représentant de la femme, lorsqu'il exerce les actions relatives à ses biens propres, parce qu'elle profite du jugement obtenu (71). La même idée a été mise en avant pour les actions dotales, parce que la femme, propriétaire de la dot, n'a pas qualité pour agir : cette circonstance ferait apparaître l'idée de représentation, tandis que, dans la subrogation, l'action directe du subrogeant ne serait pas éliminée (72).

Il semble inexact de faire appel ici à l'idée de représentation légale. En effet, si le mari fait valoir les droits de la femme,

(70) Ripert et Boulanger, Traité élém. de dr. civ. de Planiol, t. 3, n° 619.

(71) Voir par exemple, Ripert et Boulanger, Traité élém. de dr. civ. de Planiol, t. 3, n° 631.

(72) Carnelutti, Sistema di diritto processuale civile, n° 142 - c.

(73) Cf. Morel, Traité élém. de proc. civ., n° 31, p. 35.

il a un intérêt personnel certain. Celui-ci résulte de l'avantage dont il bénéficie personnellement sous le régime dotal, et de celui que procure, à la masse commune, l'exercice des actions relatives aux propres de la femme, sous le régime de la communauté.

On ne peut tirer argument en faveur de l'idée de représentation de ce que l'action directe de la femme subrogeant n'est pas possible faute de qualité. Il est d'autres cas de subrogation dans lesquels le subrogeant n'est pas qualifié pour agir : tel est le cas du failli, par exemple.

Le seul critère certain de la subrogation paraît résider dans l'existence d'un intérêt personnel au subrogeant : le mari, qui exerce les actions de la femme, se trouve bien dans ce cas.

§ 3. — *L'action en faveur de leurs membres, des syndicats parties à la convention collective de travail.*

143. *L'article 31 t, livre premier du Code du travail.* — L'importance croissante des groupements dans la vie juridique a fait apparaître d'autres formes de subrogation dans le pouvoir d'agir. L'une de celle-ci répond au souci de protéger, contre l'inertie de leurs membres, les droits des groupements que l'application du droit commun risquerait de compromettre.

Sans doute, les groupements ne peuvent pas, en principe, exercer les actions particulières de leurs membres correspondant aux droits qui leur sont propres. Un syndicat, notamment, ne peut soutenir une action en indemnité, que si la demande présente pour la profession un intérêt distinct (74). Mais la loi organise cependant une exception notable.

Aux termes de l'article 31 t, livre I[er] du Code du Travail, modifié par la loi du 11 février 1950, les syndicats, parties à la convention collective du travail (75), peuvent exercer toutes les actions qui naissent de cette convention en faveur de chacun de leurs membres, sans avoir à justifier d'un mandat de l'intéressé, pourvu que celui-ci ait été averti et n'ait pas déclaré s'y opposer.

Chacun des syndicats adhérents à la Convention collective peut donc, en son nom propre, intenter une action en dommages-intérêts, soit contre les autres parties à la convention (grou-

(74) Soc., 18 janv. 1940, G.P. 1940-1-494.

(75) La loi du 11 fév. 1950 a limité aux syndicats le pouvoir d'agir par subrogation. Avant cette loi, tous les « groupements capables d'ester en justice » pouvaient agir, du moment qu'ils étaient parties à la convention collective : Cf. Trib. civ. Saint-Nazaire, 21 juil. 1922, D.P. 1925-2-1, note Pic.

pements ou particuliers), soit contre les membres des groupements convaincus d'avoir violé les engagements pris, sans avoir préalablement dénoncé le contrat dans les formes et délais prévus par la loi.

A. — CONDITIONS DE L'ACTION DU SYNDICAT

1° *Conditions requises du côté du syndicat demandeur.*

144. *Syndicats, parties à la convention collective.* — Pour que l'action du syndicat soit recevable, il faut que celui-ci soit partie à la convention collective de travail qui a été violée (76). Ceci s'explique par le fait que le pouvoir d'action du syndicat est fondé sur l'idée que celui-ci a un intérêt personnel à l'exercice de l'action de ses membres ; or cet intérêt n'existe que si le syndicat est partie à la convention collective.

145. *Pouvoir d'intervention des autres syndicats.* — Les autres syndicats peuvent seulement intervenir (77), à condition que la violation des engagements contenus dans la convention collective ait fait naître pour la profession un intérêt distinct. Mais cette intervention n'a pas le même objet que l'action du syndicat en faveur de ses membres : tandis que celle-ci tend à la réparation du préjudice subi par chaque membre à titre individuel et que la qualité du syndicat demandeur résulte de l'article 31 t, livre I[er] du Code du Travail, l'intervention des syndicats qui ne sont pas partie à la convention collective, a pour objet la réparation du préjudice subi par la profession toute entière, et ces groupements tirent leur qualité de la loi du 11 mars 1920.

2° *Conditions requises chez le subrogeant.*

146. *Droit dont la source est dans la convention collective.* — Il faut d'abord que le droit que le syndicat fait valoir en justice soit né, en la personne du subrogeant, de la violation de la convention collective par les particuliers et les groupements parties à cette convention ou par les membres de ces groupements.

147. *Victime, membre du syndicat demandeur.* — Il faut ensuite que le subrogeant fasse partie du syndicat qui agit en sa faveur. Le syndicat est sans qualité pour agir pour le compte d'un ouvrier qui n'en fait pas partie (78).

(76) Trib. Seine, 21 déc. 1938, G.P. 1939-1-353 ; Trib. civ. Albi, 23 nov. 1939, D. 1950-J-51.

(77) Savatier, Traité de la responsabilité civile, t. 2, n° 564.

(78) Civ., 1[er] mai 1923, D.P. 1923-1-66.

148. *Absence d'opposition de l'intéressé.* — Il faut encore que le subrogeant ait été averti et n'ait pas déclaré s'opposer à l'action du syndicat ou n'ait pas marqué, par son attitude, son intention d'y renoncer (79).

Par contre, le syndicat n'a pas besoin d'agir sur mandat de l'intéressé. Il est, d'ailleurs, possible que le syndicat exerce l'action de ses membres comme mandataire. Il n'agit plus alors en son nom propre, mais comme représentant des ouvriers lésés. Cette action doit être distinguée de celle de l'article 31 t du Livre Ier du Code du Travail. Elle emporte des conséquences différentes sur la détermination du taux du ressort par exemple : tandis qu'il semble que le taux du ressort corresponde au montant global de la demande, lorsque le syndicat agit sur le fondement de l'article 31 t. en faveur de plusieurs de ses membres, on admet, au contraire, que, lorsque le syndicat exerce les actions individuelles de ses membres en qualité de mandataire de ces derniers, le taux du ressort est déterminé par l'intérêt personnel de chacun des ouvriers dans l'action commune (80).

On n'exige pas, non plus, que le syndicat demandeur indique dans l'assignation ceux de ses membres dans l'intérêt desquels la demande est formée (81).

B. — EFFETS DE L'ACTION DU SYNDICAT

149. *Le syndicat agit en qualité de subrogé.* — Le syndicat demandeur n'agit pas en vue de la satisfaction d'un droit qui lui est propre : sans doute le syndicat peut agir pour la réparation du préjudice causé à la profession dans laquelle ses membres se recrutent, par la violation de la convention collective de travail, mais, en l'espèce, il réclame, non la réparation de ce préjudice, mais celle du dommage causé directement et personnellement à certains de ses membres par le même acte de violation.

Le syndicat n'agit pas, non plus, par représentation des victimes : l'article 31 t, livre Ier, du Code du Travail, précise en effet qu'il n'a pas à justifier d'un mandat de l'intéressé, mais qu'il suffit que celui-ci ait été averti de la prétention du syndicat et qu'il n'ait pas déclaré s'opposer à l'action (82).

En réalité, le syndicat agit comme subrogé dans le pouvoir d'action du membre intéressé. Il a intérêt à la répression de la violation de la convention collective de travail commise au préjudice de ses membres, puisqu'il est signataire de cette conven-

(79) Trib. civ. Saint-Nazaire, 21 juil. 1922, D.P. 1925-2-1, note Pic.

(80) Soc., 3 mai 1940, D.H. 1940-134, S. 1940-1-101, Rev. trim. de dr. civ., 1940-41, p. 320, obs. Raynaud.

(81) Trib. civ. Saint-Nazaire, 21 juil. 1922, D.P. 1925-2-1, note Pic.

(82) Voir Trib. civ. Saint-Nazaire, 21 juil. 1922 précité ; Trib. régional Mulhouse, 23 juin 1923, D.P. 1925-2-1, note Pic.

tion, toute partie à un contrat ayant un intérêt direct et personnel à l'exécution de celui-ci par le co-contractant. Il peut donc agir en son nom propre pour faire valoir le droit d'autrui (83).

150. *Conséquences de cette idée.* — Il résulte de la nature de la qualité du syndicat, que son action est indépendante de celle du professionnel lésé : c'est pourquoi l'action du syndicat peut survivre à l'extinction de celle du professionnel (84).

D'autre part, puisque le syndicat ne représente pas l'intéressé, il faut admettre que celui-ci peut toujours intervenir dans l'instance engagée par le groupement (85).

§ 4. — *Les actions sociales exercées « ut singuli ».*

151. *Utilité des actions sociales « ut singuli ».* — Lorsque l'activité d'une personne implique une contradiction aux droits d'un groupement ou d'une collectivité, celle-ci engendre, au profit du groupe, un pouvoir d'agir que l'on appelle une action sociale.

Habituellement cette action est exercée par les organes habiles à représenter le groupement dans le procès, pourvu que celui-ci soit capable d'ester en justice, soit par l'effet de l'attribution de la personnalité morale, soit par dérogation légale expresse à la règle « nul ne plaide par procureur ».

Mais il arrive que les organes du groupement négligent ou refusent d'exercer l'action sociale, ou même, quelquefois, sont dans l'impossibilité de le faire. Il en est ainsi, par exemple, lorsque l'action en responsabilité contre l'administrateur d'une société pour faute dans la gestion du patrimoine social, est éteinte par une décision de l'assemblée générale des actionnaires. C'est également ce qui a lieu lorsque l'assemblée générale des copropriétaires d'appartements convoquée, ne réunit pas le nombre voulu de participants pour habiliter le syndic à agir en justice pour faire cesser l'activité d'un copropriétaire, en violation du règlement de copropriété (86). Peut-on, alors, admettre que, dans ces circonstances, l'action du groupement soit exercée par un ou plusieurs de ses membres, bien qu'ils fassent valoir devant le juge, non pas un droit qui leur appartiendrait en propre, mais le droit du groupement lui-même ? C'est le problème de la recevabilité des actions sociales exercées « ut singuli ».

(83) Morel, Traité élém. de proc. civ., n° 31, p. 35.

(84) Trib. civ. Saint-Nazaire, précité.

(85) Morel, Traité élém. proc. civ., n° 31, p. 35.

(86) Voir Trib. Seine, 6 nov. 1952, J.C.P. 1953-II-2057, G.P. 1953-1-100.

152. *Actions individuelles et actions sociales.* — Le membre d'un groupement peut certainement exercer une action individuelle. En effet, tandis que l'action sociale trouve son fondement dans une atteinte aux droits du groupe tout entier, c'est-à-dire de la collectivité des membres et des créanciers, et tend au maintien ou à la reconstitution du fond social (86 bis), l'action individuelle, au contraire, est fondée sur la prétention d'un droit particulier et a pour objet la protection des droits individuels de chacun des membres du groupement (86 ter). La qualité du demandeur résulte de ec qu'il y a identité entre celui-ci et le sujet du droit prétendu. L'action individuelle constitue un pouvoir autonome qui n'est ni affecté par l'exercice des actions sociales par le groupement, ni influencé par les décisions collectives prises par ces organes, comme le quitus donné à un administrateur par l'assemblée générale d'une société (87) ou la nécessité de l'autorisation du Conseil de préfecture, prévue par l'art. 123 de la loi du 8 avril 1884 pour l'exercice par l'habitant des actions appartenant à la commune (88).

A l'inverse, l'exercice « ut singuli » des actions sociales pose de délicats problèmes de recevabilité et exige que l'on analyse la nature du pouvoir d'action du membre du groupement, lorsqu'il est déclaré recevable à exercer les actions de celui-ci.

A. — LA RECEVABILITE DES ACTIONS SOCIALES « UT SINGULI »

153. *Législation.* — Le législateur a admis la recevabilité de l'action sociale exercée « ut singuli » dans quelques hypothèses particulières : il en est ainsi de l'action sociale en responsabilité contre les administrateurs de société, attribuée à chacun des associés agissant ut singuli (89), de l'action du contribuable de

(86 bis) Civ., 26 nov. 1912, D. 1913-1-377, note Thaller.

(86 ter) Sur la distinction de l'action sociale et de l'action individuelle. Voir en matière de société : G. Ripert, Traité élém. de dr. comm., n° 1218 ; Escarra, Manuel de dr. comm., t. 1, n° 809 ; Houpin et Bosvieux, Traité des sociétés, t. 3, n° 1373 ; F. Sauvage, Les actions en responsabilité contre les administrateurs de sociétés anonymes, n° 27 ; note Thaller précitée, au D. 1913-1-377 ; Réq., 5 juillet 1933, S. 1935-1-89, note Henri Rousseau ; Réq., 30 oct. 1945, S. 1947-1-45, note Robert Plaisant ; note de Mme Sinay, au S. 1948-1-153, sous Cass. Comm., 20 janv. 1948 ; Paris, 26 fév. 1945, S. 1945-2-33, note G.B. ; Voir encore en matière de masse de porteurs de parts de fondateurs : Trib. civ. Seine, 4 mars 1936, Gaz. Trib. 1936-2-281.

(87) Trib. comm. Seine, 15 janv. 1930, Journal des Tribunaux de Commerce 1931, p. 126.

(88) Voir, pour un cas d'action individuelle appartenant à chaque habitant d'un village : Trib. civ. Brest, 20 mars 1912, G.P. 1912-2-258.

(89) Art. 17, alinéa 1, de la loi du 24 juil. 1867, modifiée par le décret-loi du 31 août 1937.

la commune qui exerce les actions communales (90), ainsi que de l'action des créanciers de la faillite après la clôture des opérations de la faillite pour insuffisance d'actif (91).

154. *Jurisprudence.* — La jurisprudence, de son côté, malgré de nombreuses hésitations, admet assez souvent la recevabilité des actions sociales exercées « ut singuli ». Sans doute a-t-on noté qu'elle ne semble pas voir avec faveur l'exercice individuel de l'action sociale (92). Mais il paraît bien qu'un examen attentif de la jurisprudence permet d'affirmer le contraire, si l'on veut bien rechercher les manifestations les plus diverses de l'idée d'action sociale « ut singuli ».

155. *Fondement de l'action sociale « ut singuli ».* — Cela d'ailleurs n'a rien de surprenant lorsqu'on recherche le fondement de la recevabilité de cette action. La multiplication des groupements dans le droit moderne, qui a quelquefois conduit à dire que l'ordre juridique actuel est un ordre collectif (93), exige en contrepartie que l'intérêt que les membres du groupement ont à son bon fonctionnement et à sa prospérité, soit mieux protégé que par le passé, alors surtout que l'intégration des individus dans le groupement est souvent rendu obligatoire par la loi. L'exercice « ut singuli » des actions sociales qui paraît avoir une portée tout à fait générale, constitue l'une des techniques les plus efficaces pour la sauvegarde des droits des individus intégrés dans un groupe (94).

On trouve les manifestations de l'action sociale « ut singuli » dans le droit des sociétés, dans le droit de la faillite, dans le droit de l'entreprise et de la sécurité sociale, dans le droit de la propriété et même dans le droit des collectivités publiques locales (95).

(90) Art. 123 de la loi du 8 avr. 1884.

(91) Art. 327, alinéa 2, du Code de commerce.

(92) Cf. note Levasseur, au D. 1954-J-258.

(93) Cf. E. Bertrand, De l'ordre économique à l'ordre collectif, dans Etudes en l'honneur de G. Ripert, t. 1, p. 160 et suivantes.

(94) Cf. Rev. trim. de dr. civ., 1950, p. 216 et 1953, p. 367, obs. Hebraud. On utilise habituellement le terme d'action sociale « ut singuli » pour désigner uniquement l'action sociale en responsabilité contre l'administrateur de société, pour faute dans la gestion des affaires sociales, lorsqu'elle est exercée par un actionnaire individuellement ou par un groupement d'actionnaires possédant le vingtième au moins du capital social. Cette acception de terme est trop étroite. L'action en responsabilité des administrateurs n'est qu'une des nombreuses manifestations de cette technique.

(95) Elle a même été utilisée en matière d'association, voir Caen, 3 juin 1926, G.P., Table quinquennale, 1925-30, V° Action en justice, n° 9.

1° *Les actions sociales dans le droit des sociétés.*

156. *Action sociale en responsabilité, exercée « ut singuli » par l'actionnaire.* — L'article 17, alinéa 1°, de la loi du 24 juillet 1867, modifiée par le décret-loi du 31 août 1937, dispose (96) : « Des actionnaires représentant le vingtième au moins du capital social peuvent, dans un intérêt commun, charger à leurs frais un ou plusieurs mandataires de soutenir, tant en demandant qu'en défendant, une action contre les gérants ou contre les membres du conseil de surveillance, et de les représenter en ce cas en justice, sans préjudice de l'action que chaque actionnaire peut intenter individuellement en son nom personnel. »

Depuis longtemps déjà, la jurisprudence admet que, sur le terrain de la responsabilité encourue par les dirigeants d'une société anonyme en cas de faute de gestion, l'action sociale peut être exercée non seulement par les actionnaires représentant le vingtième au moins du capital social, mais encore par chaque actionnaire agissant « ut singuli ». Mais les auteurs et les arrêts admettent communément que lorsqu'il intente une pareille action, l'actionnaire doit obligatoirement conclure, non pas au nom de la société qu'il n'a pas qualité pour représenter pour requérir la réparation de l'intégralité du préjudice subi par la collectivité des associés, mais en son nom personnel, dans la limite de son intérêt propre et du préjudice qu'il a subi personnellement ; l'action sociale exercée « ut singuli » trouve, en effet, sa cause dans la répercussion engendrée, sur le patrimoine particulier de l'actionnaire, par la disparition ou la diminution de l'actif social qu'il allègue, et cette répercussion se mesure à la diminution de valeur des titres possédés par l'actionnaire (97).

La même solution semble devoir être adoptée d'ailleurs lorsque l'action est exercée par des actionnaires représentant plus du vingtième du capital social (98). On ne peut, en effet, soutenir que l'action ainsi intentée est l'action qui appartient à la société elle-même, parce que l'article 17, alinéa 1°, dans sa partie finale, a soin d'ajouter « sans préjudice de l'action que chaque actionnaire peut intenter individuellement en son nom

(96) Ce texte, édicté pour les sociétés en commandite par actions, est applicable aux sociétés anonymes en vertu de l'art. 39 de la loi du 24 juil. 1867.

(97) Voir en dernier lieu, Cass. Comm., 4 août 1952, J.C.P. 1952-II-7810, note Lescot; Lyon, 5 mars 1951 (motifs), J.C.P. 1951-II-6526, note D.B.; Trib. comm. Seine, 2 avr. 1951, S. 1951-2-151; G. Ripert, Traité élém. de dr. comm., n° 1218 ; Contra, Escarra, Manuel de dr. comm., t. 1, n° 811.

(98) En ce sens, Civ., 19 mars 1894, D. 1894-1-465, S. 1896-1-260 ; Nancy, 3 août 1907, Journal des Sociétés, 1908, p. 390 ; Amiens, 7 avr. 1911, Journal des sociétés, 1915, p. 262.

personnel », de telle sorte qu'elle devrait nécessairement aboutir au même résultat que si elle était exercée par le conseil d'administration. Une telle opinion repose, à la vérité, sur une interprétation inexacte du texte susvisé. Car celui-ci, en tant qu'il accorde aux membres de la société la faculté de se grouper et de se faire représenter en justice par un mandataire, par dérogation à la règle que « nul en France ne plaide par procureur », n'établit aucune distinction entre les différentes sortes d'actions judiciaires (99). Par conséquent, il s'applique aussi bien à l'exercice de l'action individuelle (pourvu que les actionnaires aient un intérêt commun) qu'à l'exercice de l'action sociale par ces mêmes actionnaires agissant « ut singuli » (100).

157. *Action en nomination des administrateurs de société.* — On a aussi quelquefois rapproché de l'action sociale en responsabilité exercée « ut singuli » contre les administrateurs de société, l'action en nomination judiciaire d'un administrateur provisoire pour réunir l'assemblée générale de la société, exercée par un groupe d'actionnaires représentant le vingtième au moins du capital social, ou même par un seul actionnaire agissant « ut singuli » (101). Sans doute, il est incontestable que les actionnaires possèdent le droit individuel de faire nommer un administrateur par justice, aux fins de convocation d'une assemblée générale, puisque la tenue de cette assemblée constitue le moyen par lequel chaque actionnaire met en œuvre son droit de participation à l'administration de la société, qui se manifeste par le droit de voter à l'assemblée (102). Mais la réunion de celle-ci, toutes les fois où elle est nécessaire, est également un droit pour la société en tant que personne morale. Ce droit est normalement exercé par l'intermédiaire de ses organes normaux et plus particulièrement par le conseil d'administration. Celui-ci est tenu d'une véritable obligation de faire, dont il est responsable au cas d'inexécution. Au lieu de se contenter d'une réparation pécuniaire qui ne serait pas appropriée en la circonstance, on peut également procéder à l'exécution en nature, en chargeant un administrateur d'agir aux lieu et place du conseil d'administration. La nomination de l'administrateur provisoire constitue une forme particulière de l'intervention du juge qui se rapproche de la technique de la répa-

(99) Voir note Lescot au J.C.P. 1952-II-7810.

(100) En ce sens voir récemment, Cass. Comm., 17 juil. 1951, J.C.P. 1952-II-7128, Rev. trim. de dr. comm., obs. Rault, p. 845-46.

(101) Lapp, La nomination judiciaire des administrateurs de sociétés, Rev. trim. de dr. comm., 1952, p. 780.

(102) Sur ce droit de participation à l'administration de la société, voir Ripert, Traité élém. de dr. comm., n° 1107, p. 417 ; Civ., 7 avr. 1932, G.P. 1932-2-80 ; Paris, 11 mai 1939, G.P. 1939-2-256 ; Nancy, 19 juil. 1946, D. 1947-J-525, note A.C.

ration en nature, utilisée dans le domaine de la responsabilité civile. Si le tribunal ne peut évidemment pas réunir l'assemblée, il peut prendre des dispositions pour qu'elle soit réunie dans les conditions prévues par les statuts. Ainsi, il s'agit bien d'obtenir et de sanctionner la réalisation du pacte social sous toutes ses formes (103).

158. *Actions en nullité et en restitution.* — Mais l'admission de la recevabilité de l'action sociale exercée « ut singuli », n'est pas limitée au terrain des actions en responsabilité contre les administrateurs qui se sont rendus coupables d'une faute de gestion (104). Elle a une portée beaucoup plus large et est utilisée par la jurisprudence pour toutes les mesures qui touchent à la marche des affaires sociales. Ainsi, la jurisprudence a considéré comme actions sociales exercées « ut singuli », l'action en nullité du rachat d'actions, effectué à l'aide du capital social (105) ; l'action tendant à la restitution d'actions usurpées par un actionnaire, et à la réduction des droits de celui-ci à ceux qu'il avait légitimement acquis (106). Une remarque capitale doit alors être faite. La limitation des droits du demandeur, qui a été établie par la jurisprudence dans l'hypothèse d'une action en réparation dont le bénéfice doit revenir sous une forme ou sous une autre, à chaque actionnaire pour sa part d'intérêt, ne joue pas dans tous les cas. Cette réserve cesse, par exemple, de s'appliquer lorsqu'il s'agit de l'action en nullité du rachat d'action : on ne saurait admettre en effet une nullité partielle (107). De même lorsque le litige a pour objet l'élimination d'un actionnaire titulaire de droits usurpés, une éviction partielle est inconcevable, d'autant que le vote dans les assemblées générales demeurerait faussé (108).

159. *Action des porteurs de parts de fondateur.* — L'associé n'est pas seul à pouvoir exercer « ut singuli » les actions du groupement auquel il appartient. Ainsi, un porteur de parts de fondateur a été déclaré recevable à exercer, « ut singuli », l'action en nullité de la décision de l'assemblée générale qui a converti les parts de fondateur en actions, prévue par la loi du 23 février 1929 sur l'organisation de la masse des porteurs de parts et, en principe, réservée à celle-ci, s'il invoque à l'appui

(103) Voir Lapp, La nomination judiciaire des administrateurs de sociétés, Rev. trim. de dr. comm., 1952, p. 780.

(104) Contra H. Rousseau, note sous Réq., 26 avr. 1932 précité, et au S. 1935-1-89.

(105) Civ., 28 juin 1943, J.C.P. 1944-II-2516, note Bastian.

(106) Lyon, 5 mars 1951, J.C.P. 1951-II-6562, note D.B.

(107) Cf. note Bastian précitée au J.C.P. 1944-II-2516.

(108) Lyon, 5 mars 1951, J.C.P. 1951-II-6262, note D.B.

de sa demande une nullité d'ordre public (109). Sans doute, l'art. 13 de la loi du 23 janvier 1929 dispose-t-il qu'aucune action judiciaire concernant des droits communs à toutes les parts d'une même masse, ne peut être exercée, contre la société, qu'au nom de cette masse, après décision conforme de l'assemblée générale des propriétaires des dites parts, et par un représentant de la masse, nommé par l'assemblée générale, et pris parmi les membres de cette assemblée. D'où il résulte que les actions judiciaires présentant pour tous les porteurs de parts un intérêt essentiellement collectif, ne peuvent plus être exercées individuellement et que l'action individuelle d'un porteur de parts contre la société, n'est recevable que si ledit porteur de parts justifie, soit de la lésion d'un droit qui lui est propre, soit d'une faute commise contre lui personnellement (110).

Mais un ou plusieurs actionnaires, formant la majorité et possédant en même temps un nombre suffisant de parts de fondateur, ne sauraient toutefois, à l'abri d'une interprétation abusive de l'art. 13 de la loi du 23 janvier 1929 écrit uniquement « pour éviter des actions individuelles insuffisamment justifiées », dépouiller les porteurs du droit de poursuivre l'annulation d'une décision prise au mépris de la volonté expresse de la loi. C'est pourquoi la règle législative cesse de recevoir application lorsque, s'agissant d'une contestation sérieuse, le moyen de recevabilité est invoqué au soutien d'un moyen de fond tendant à faire constater la nullité d'une délibération prise en violation d'une disposition légale d'ordre public. Ici donc, la jurisprudence exige que l'intérêt de l'ordre public soit en jeu, et non pas seulement l'intérêt personnel du demandeur. Dans le jugement du Tribunal de Commerce de la Seine examiné précédemment (111), d'ailleurs, on (112) a fait remarquer que l'action en nullité avait été introduite par un porteur de parts qui n'avait qu'un faible intérêt, en cette qualité (deux titres de dixième de parts bénéficiaires), et qui, étant en même temps actionnaire, avait voté, en cette qualité, l'opération qu'il critiquait.

2° *Les actions sociales « ut singuli » et le droit de la faillite.*

160. *Règle de l'interdiction des poursuites individuelles.* — Comme, en France, la règle de la suspension et de l'interdiction

(109) Trib. comm. Seine, 21 juin 1950, D. 1950-1-626, J.C.P. 1950-II-5733, note Bastian, Rev. trim. de dr. comm., 1950, p. 430, obs. Rault. Ce jugement a été confirmé par un arrêt de la Cour de Paris du 15 juil. 1952, G.P. 1953-1-65, D. 1952-J-727, note G. Ripert, S. 1953-2-145, note Houin.

(110) Trib. comm. Seine, 30 juil. 1948, J.C.P. 1950-II-5234, note Bastian ; Trib. comm. Seine, 21 juin 1950 et Paris, 15 juil. 1952 précités ; Escarra, Manuel de dr. comm., t. 1, n° 885, p. 508.

(111) Trib. comm. Seine, 21 juin 1950, D. 1950, J. 626.

(112) G. Ripert, note au D. 1952, J. 727.

des poursuites individuelles est reçue de manière certaine, dans la faillite (113) et dans la liquidation judiciaire (114) à l'égard des créanciers dans la masse, les droits individuels de ces créanciers ne peuvent être exercés que par le représentant de la masse, le syndic au cas de faillite et le liquidateur au cas de liquidation judiciaire. L'interdiction des poursuites individuelles se traduit donc par un véritable *défaut de qualité* qui frappe tous les créanciers dans la masse.

161. *Exceptions apportées à cette règle par la jurisprudence.* — Mais la jurisprudence a admis toutefois l'exercice par chaque créancier de certaines actions appartenant à la masse. Puisque le produit des condamnations tombe dans le patrimoine collectif, la recevabilité de l'action sociale « ut singuli » ne viole pas la règle de l'égalité des créanciers de la faillite : elle est une expression des *rapports de collaboration* qui, par l'effet de la déclaration de faillite, se substituent au droit commun des rapports de concurrence entre créanciers d'un même débiteur (115). Mais, en même temps, l'exercice « ut singuli » des actions sociales assure la sauvegarde des droits des créanciers intégrés dans la masse : si l'exercice des droits individuels est devenu collectif à l'ouverture de la faillite, de sorte que les créanciers dans la masse sont frappés d'une « véritable incapacité d'exercice » (116), la jouissance des droits demeure individuelle, dans ce syndicat d'intérêt privé que constitue la masse des créanciers de la faillite ou de la liquidation judiciaire.

162. *Action en responsabilité contre le syndic.* — Ainsi, la jurisprudence admet l'exercice « ut singuli » par un créancier de l'*action en responsabilité contre le syndic au cas de malversation,* qui est habituellement intentée par le nouveau syndic (117). La jurisprudence va même ici plus loin qu'en matière d'actions en responsabilité dirigées contre les administrateurs de sociétés. Tandis que, dans ce cas, la condamnation prononcée est mesurée à la part d'intérêt propre du demandeur et ne répare pas la totalité du préjudice subi par la société, au cas de responsabilité du syndic de la faillite au contraire, la con-

(113) Cette règle ressort avec certitude de l'économie d'ensemble de la faillite et de plusieurs textes de loi. Voir Percerou et Desserteaux, Traité des Faillites, t. 2, n° 750.

(114) Loi du 4 avril 1890 complétant l'art. 5 paragraphe 1 de la loi du 4 mars 1889. Contra un arrêt antérieur Rennes, 11 juin 1889, D. 1889-2-193, note Boistel.

(115) E. Bertrand, De l'ordre économique à l'ordre collectif, dans Le droit privé français au milieu du XX^me^ siècle, t. 1, p. 160 et suivantes.

(116) E. Bertrand, op. cit., p. 160 et suivantes.

(117) Crim., 17 oct. 1935, G.P. 24 nov. 1935 ; 9 oct. 1940, D.H. 1941-12, S. 1941-1-119.

damnation porte sur le préjudice subi par la masse des créanciers tout entière (118).

163. *Contredit élevé par un créancier.* — Il semble qu'il y ait encore action sociale exercée « ut singuli » lorsqu'un « *créancier vérifié ou porté au bilan* » *élève et soutient le contredit* contre une personne qu'il prétend avoir été portée à tort sur l'état des créances, parce qu'elle n'a pas ou qu'elle n'a plus la qualité de créancier.

Le contredit est formé dans l'intérêt de la masse. C'est pourquoi il n'est pas douteux que le syndic et le liquidateur judiciaire peuvent le soutenir en justice. On a même admis qu'ils ont, à cet effet, des pouvoirs exclusifs. Ainsi, si le failli lui-même peut élever le contredit, il ne peut le soutenir en justice : le dessaisissement s'y oppose (119) et le syndic a seul qualité pour le faire ; des arrêts anciens avaient aussi dénié, au créancier qui élève le contredit, le pouvoir de le soutenir en justice, en se référant au principe de la suspension des poursuites individuelles et en précisant que la loi n'avait point dérogé à cette règle. Certains auteurs se sont ralliés à ce système (120). Certains arrêts du début du XX^{e} siècle en font également état (121).

Mais il semble qu'aujourd'hui ce système soit abandonné par la jurisprudence (122) et par les auteurs (123). L'opinion qui admet le créancier qui a élevé un contredit à le soutenir en justice, se fonde à la fois sur un argument de logique et sur un argument de texte. Tout d'abord, il semble que, du moment que la loi permet au créancier de tenir en suspend la production d'un autre créancier, il doit avoir le moyen de porter, devant le tribunal, les raisons qui déterminent son opposi-

(118) Percerou et Desserteaux, Traité des Faillites, t. 2, n° 1.110 et suivants.

(119) Percerou et Desserteaux, Traité des Faillites, t. 1, n° 507 et suivants.

(120) Cass., 9 avr. 1829, D., Jurisprudence générale, V° Commissionnaire n° 216 ; Cass., 18 fév. 1863, D. 1863-1-149, S. 1863-1-285 ; Caen, 20 juil. 1887, D. 1891-1-137 en sous note ; Réq., 1er fév. 1932, D. 1933-1-26.

(121) Cf. Lyon-Caen et Renault, Traité de droit commercial, t. 7, n° 543. Ces auteurs reconaissent seulement que si le créancier contredisant avait un droit distinct de la masse (créancier hypothécaire ou privilégié), il pourrait soutenir personnellement son contredit en justice.

(122) Nancy, 28 nov. 1905, G.P. 9 avr. 1906 ; Lyon, 9 déc. 1910, Journal des Faillites, 1911, p. 203.

(123) Réq., 13 nov. 1867 (motifs), D. 1868-1-212 ; Lyon, 2 fév. 1884 et Cass., 8 juin 1886, D. 1887-1-77, S. 1888-1-481, note Petiet. Riom, 15 fév. 1890, D. 1891-2-137 ; Aix, 22 juin 1904, Journal des Faillites, 1905, p. 115 ; Bordeaux, 17 juin 1907, Journal des Faillites, 1907, p. 500.

(124) Thaller, Traité élém. de dr. comm., n° 1875, Percerou et Desserteaux, Traité des Faillites, t. 2, n° 1261,

tion (125). Ensuite, en prescrivant au greffier, lorsque le contredit est porté devant le tribunal de la faillite, d'indiquer aux parties par lettre recommandée l'audience où viendra l'affaire, l'article 498, in fine, du Code de Commerce reconnaît implicitement, au créancier contredisant, le droit de comparaître à cette audience et d'y défendre son contredit (126).

A la vérité, il y a là une action sociale exercée dans l'intérêt de la masse, par un créancier de la faillite.

164. *Difficultés pour certaines actions. — Si en matière de faillite et de liquidation judiciaire* il semble facile de considérer comme des actions sociales « ut singuli » les actions que nous venons d'examiner, cela paraît plus délicat à admettre pour certaines actions telles que l'action paulienne exercée par un créancier après l'ouverture de la faillite et, plus encore, les actions exercées par un créancier, à titre individuel, après la clôture des opérations de la faillite pour insuffisance d'actif. En effet, tandis que le contredit en justice et que l'action en responsabilité du syndic ne peuvent être exercés que parce que les créanciers de la faillite ont été constitués en masse, qu'ils présentent donc le caractère de droits collectifs et, à ce titre, peuvent être exercés sous la forme de l'action sociale « ut singuli » indistinctement par chaque créancier dans la masse, l'exercice de l'action paulienne et des actions individuelles après la clôture pour insuffisance d'actif présente, au contraire, un caractère singulier.

165. *Action paulienne.* — Les difficultés se présentent d'abord pour *l'action paulienne.* Si les nullités de la période suspecte, édictées au profit de la masse des créanciers, ne peuvent être demandées que par le syndic (127), la jurisprudence, au contraire, déclare recevable les créanciers individuellement à exercer l'action paulienne de l'article 1167 concurremment avec le syndic, s'ils remplissent les conditions requises par ce texte (128). C'est même pour permettre aux créanciers d'agir individuellement, en même temps qu'en raison de la nature et

(125) En ce sens, Thaller, Traité élém. de dr. comm., n° 1875.

(126) Percerou et Desserteaux, Traité des Faillites, t. 2, n° 1261.

(127) Escarra, Manuel de dr. comm., t. 2, n° 1513.

(128) Réq., 13 nov. 1867, D. 1868-1-212 ; Douai, 7 août 1874, D. 1877-5-232 : Cet arrêt, toutefois, n'est pas absolument décisif car, dans l'espèce, le créancier demandeur en révocation, par application de l'art. 1167 du Code civil, avait mis en cause le syndic, et celui-ci s'était joint à l'action comme demandeur en révocation dans l'intérêt de la masse. Bordeaux, 21 juin 1900, Journal des Faillites, 1902, p. 4401 ; Cass., 29 juil. 1908, D. 1909-1-409, note Percerou ; Réq., 6 juil. 1930, G.P. 1930-1-751 ; civ. 11 juil. 1934, D.H. 1934, p. 441 ; 28 juil. 1938, Revue générale des Faillites, 1939, p. 5 ; Percerou et Desserteaux, Traité des Faillites, t. 1, n° 743 ; Escarra, Manuel de dr. comm., t. 2, n° 1513, p. 932, note 2.

de la date des actes qui peuvent être annulés pour fraude, que la jurisprudence a adopté la combinaison des nullités spéciales de la période suspecte avec l'action paulienne de droit commun de l'article 1167 du Code Civil, en matière de faillite. Il faut reconnaître également à chaque créancier, le pouvoir d'exercer l'action en responsabilité civile contre les tiers, lorsqu'à défaut de complicité caractérisée de fraude, on relève une faute susceptible d'engager leur responsabilité dans les termes de l'article 1382 du Code Civil (129).

Le créancier qui agit, exerce l'action paulienne conformément aux règles qui la régissent habituellement. Ce n'est donc pas n'importe quel créancier qui peut agir dans l'intérêt de la masse, au cas d'inaction du syndic. Ce sont uniquement les créanciers antérieurs à l'acte argué de fraude ou de collusion qui ont seuls qualité.

Et cependant, dans la faillite, à la différence de ce qui se passe en droit civil où l'inopposabilité de l'acte attaqué, qui est la sanction de la fraude paulienne, ne profite qu'au créancier poursuivant et à ceux des créanciers antérieurs à la fraude qui, ayant comme lui souffert de la fraude, se sont associés à ses poursuites et ont figuré dans l'instance (130), le profit éventuel de l'action ne reste pas au créancier poursuivant ; il appartient à la masse. Celle-ci a, en effet, le droit de revendiquer le bénéfice de la révocation au profit de tous les créanciers (131). Il n'y a plus de distinction à faire entre créanciers antérieurs et créanciers postérieurs ; les créanciers antérieurs à l'acte n'ont aucun privilège, car l'apparition dans une masse homogène de deux catégories de créanciers heurterait l'esprit égalitaire de la faillite. Il en est de même au cas où les juges retiennent la responsabilité des tiers, à défaut d'une complicité caractérisée

(129) Cass., 23 août 1864, D. 1864-1-365, S. 1865-1-177 ; Cass., 3 mars 1869, D. 1871-1-192, S. 69-1-174 ; Cass. Belge, 14 déc. 1899, Journal des Faillites, 1901, p. 387. La jurisprudence, qui admet la recevabilité de l'action paulienne appliquée aux contrats, exercée par les créanciers individuellement, paraît toutefois réserver, au syndic seul, le droit de tierce-opposition contre les jugements obtenus par fraude et rendus contre le débiteur, avant sa faillite (Cass., 30 mars 1875, D. 1875-1-353), alors, cependant, que la tierce-opposition n'est pas autre chose que l'action paulienne appliquée à ces jugements.

(130) Civ., 4 déc. 1923, D. 1923-1-222, S. 1923-1-254 ; Ripert et Boulanger, Traité élém. de dr. civ. de Planiol, t. 2, n° 1453. De toute manière, les créanciers postérieurs à l'acte attaqué sont exclus du bénéfice de la révocation.

(131) Réq., 13 nov. 1867 (solution implicite), D. 1868-1-212 ; Cass., 29 juil. 1908, D. 1909-1-409, note Percerou ; Réq., 6 juil. 1930, G. P. 1930-1-751 ; 11 juil. 1934, D.H. 1934, p. 441 ; 28 juil. 1938, Revue générale des Faillites, 1939, p. 5.

de fraude. Ici les dommages-intérêts profitent à la masse, et non aux seuls créanciers victimes des délits commis par les tiers (132).

Cette jurisprudence a été l'objet de vives critiques en doctrine. Certains auteurs admettent bien la recevabilité de l'action exercée par chaque créancier dans les règles du droit commun, mais ils soutiennent que le bénéfice de l'action paulienne doit être réservé aux créanciers antérieurs à l'acte attaqué, sans pouvoir être réclamé par les créanciers postérieurs. D'autres auteurs, adoptant la position inverse, soutiennent que la faillite doit faire perdre à l'action paulienne son caractère individuel et ne peut être exercée que par le syndic ou le liquidateur judiciaire, au nom de la masse des créanciers (133).

A la vérité, tout ne peut s'expliquer que si on envisage cette action dans un sens collectif. Il est d'une part, hors de doute que l'action paulienne doive profiter en toute hypothèse, non aux seuls créanciers antérieurs à l'acte révoqué, mais à la masse tout entière. Il serait contraire à l'esprit de la faillite d'adopter une solution opposée, car il y aurait rupture de l'égalité entre les créanciers dans la masse, par la constitution de deux catégories de créanciers à droits inégaux.

Mais si, en principe, le syndic a seul qualité pour exercer l'action paulienne comme organe de la masse, il importe de sauvegarder les droits propres des créanciers antérieurs à la fraude, en admettant l'exercice « ut singuli » de l'action paulienne envisagée comme action sociale.

166. *Actions individuelles des créanciers après la clôture de la faillite pour insuffisance d'actif.* — On se heurte encore à de plus graves difficultés que précédemment au cas de *clôture des opérations de la faillite pour insuffisance d'actif.*

La clôture pour insuffisance d'actif n'est pas une véritable solution de la faillite. Elle est simplement une suspension des opérations de la procédure préparatoire (134). C'est pourquoi tous les effets de la faillite persistent en principe : le dessaisissement continue, la masse subsiste. Puisque celle-ci ne disparaît pas davantage que le dessaisissement, le syndic ou le liquidateur judiciaire gardent le pouvoir d'intenter, au nom de la masse, toutes les actions en justice (135).

Cependant, un des effets les plus importants de la faillite disparaît : quoique la masse subsiste, le lien qui réunissait les créanciers en une même masse où s'absorbaient tous leurs

(132) Cass., 23 août 1864, D. 1864-1-367 ; Cass., 3 mars 1869, D. 1871-1-192 ; Cass. Belge, 14 déc. 1899, Journal des Faillites, 1901, p. 387.

(133) Thaller, Traité élém. de dr. comm., 3me éd., nº 1769 ; Percerou et Desserteaux, Traité des Faillites, t. 1, nw 745, p. 1015, note 2.

(134) Escarra, Manuel de dr. comm., t. 2, nº 1491 ; Percerou et Desserteaux, Traité des Faillites, t. 2, nº 1486.

(135) Lyon, 24 mars 1897, D. 1897-2-248.

droits, se distend et chaque créancier reprend son droit de poursuite individuelle contre le failli (136). En effet, l'article 327, alinéa 2, du Code de Commerce dispose que « le jugement de clôture pour insuffisance d'actif fera rentrer chaque créancier dans l'exercice de ses actions individuelles, tant contre les biens que contre la personne du failli ».

On a prétendu qu'après le jugement de clôture, les créanciers avaient le droit de conserver les deniers perçus par eux, sans être obligés de les rapporter à la masse, car ils n'avaient fait que toucher ce qui leur était dû (137).

Cette opinion semble inexacte. Si, en cas de clôture pour insuffisance d'actif, la loi restitue à chaque créancier son droit de poursuite individuelle, c'est seulement afin qu'il puisse, dans l'intérêt de tous, suppléer à l'inaction du syndic et le faire bénéficier d'un sort meilleur que celui des autres. Malgré le jugement de clôture, la faillite persiste et, avec elle, doit subsister aussi l'idée d'égalité qui en est la base essentielle (138). Le produit des actions appartient donc à la masse qui n'a pas cessé d'exister, et le syndic, qui conserve ses fonctions, peut exiger le rapport à la masse des sommes qu'un créancier a encaissé à la suite d'une saisie-arrêt pratiquée sur un débiteur du failli. Si le créancier a donc reçu un paiement séparé, il doit en reverser le montant à la masse (139). Il vient alors au marc le franc pour sa créance, dans les distributions chirographaires auxquelles le syndic procède ultérieurement. On a dit que les créanciers gèrent l'affaire de la masse (150). Cette opinion paraît inexacte, car c'est la sauvegarde de ses propres intérêts que poursuit le créancier en justice à travers l'intérêt direct de la masse. Il y a là encore, véritablement, un type d'action sociale « ut singuli », qui entre dans le cadre de la subrogation dans l'action.

3° *L'action sociale « ut singuli » dans le droit de l'entreprise et de la sécurité sociale.*

167. *Recevabilité des actions présentant le double caractère individuel et social.* — La forme de l'action sociale « ut singuli » se retrouve encore dans *le droit de l'entreprise et dans le droit de la sécurité sociale.*

(136) Percerou et Desserteaux, Traité des Faillites, t. 1, n° 84 ; Escarra, Manuel de dr. comm., t. 2, n° 1491.

(137) Voir les références dans Percerou et Desserteaux, Traité des Faillites, t. 2, n° 1491, p. 982, note 1.

(138) Percerou et Desserteaux, op. cit., loc. cit.

(139) Paris, 8 mars 1856, D. 1856-2-139 ; Trib. Comm. Dijon, 25 sept. 1900, Journal des Faillites, 1900, p. 442 ; Comparer Aix, 20 mars 1884, et Paris, 6 août 1896. En ce sens, Lyon-Caen et Renault, Traité de droit commercial, t. 8, n° 782.

(140) Escarra, Manuel de dr. comm., t. 2, n° 1492.

Dans le droit de l'entreprise, une décision (141) a déclaré recevable l'action exercée par un membre du Comité d'entreprise, spécialement le représentant du chef d'entreprise, président du Comité (142), contre le secrétaire du Comité poursuivi pour abus de confiance, et tendant à la restitution des sommes détournées de leur emploi légal. Le président du Comité agissait en son nom personnel, contre le gré de la majorité, dans l'action pénale en abus de confiance intentée contre le secrétaire qui avait fait voter et distribuer des secours de grève à des travailleurs étrangers à l'entreprise.

Il apparaît, à la lecture de la décision, que le Tribunal de la Seine a retenu le double caractère individuel et social de l'action. Le caractère personnel du préjudice subi a été aperçu dans la responsabilité pécuniaire que paraissent supporter les membres du comité du fait qu'ils sont tenus de rendre compte de leur gestion (143). Il s'agissait ici d'un préjudice matériel dont la réalité et l'ampleur étaient suffisamment apparentes. Mais, il s'agit bien aussi d'une action sociale, puisque le tribunal condamne le secrétaire, non seulement à des dommages-intérêts correspondant au préjudice personnellement subi par le demandeur, mais à remettre à celui-ci le montant du détournement, « pour être réintégré par les soins et sous la responsabilité de ce dernier dans la Caisse du Comité d'Entreprise ».

168. *Irrecevabilité des actions purement sociales.* — Cependant, lorsqu'il s'agit d'une action sociale qui n'a pas en même temps un caractère individuel, la jurisprudence semble peu disposée à admettre son exercice « ut singuli ».

Ainsi, la Cour de Lyon (144), confirmant un jugement du Tribunal civil de Saint-Etienne (145), a déclaré irrecevable l'action en restitution d'une somme à la Caisse d'entr'aide du fonds de solidarité dont elle serait sortie par une décision contraire au règlement, et par conséquent sans valeur, lorsqu'elle est exercée par un ouvrier, en sa qualité de membre

(141) Trib. cor. Seine, 2 nov. 1951, J.C.P. 1952-II-6701, note Larguier, D. 1952, somm. 1.

(142) Celui-ci intervenait à un double titre : 1°) au nom du Comité d'entreprise, 2) en sa qualité personnelle de président et membre du comité d'entreprise. Le tribunal a déclaré irrecevable l'exercice de l'action en qualité de représentant du Comité, car il ne pouvait pas se réclamer d'un pouvoir régulier et spécial. La qualité de représentant du Comité n'appartiendrait pas, en effet, automatiquement à son président (Contra, Trib. civ. St-Etienne, 4 mai 1949, Droit Social 1949, p. 231, Rev. trim. de dr. civ., 1949, p. 450, obs. Hébraud). Par contre, il a retenu la recevabilité de l'action exercée en qualité de président et membre du comité d'entreprise en son nom personnel.

(143) Décret du 2 nov. 1945, art. 23.

(144) Lyon, 9 janv. 1950, Droit Social, 1950, p. 128.

(145) Trib. Civ. Saint-Etienne, 4 mai 1949, Rev. trim. de dr. civ., 1944, p. 450.

de l'entreprise. Admettre le contraire serait consacrer une sorte « d'action populaire ». Cette décision a été unanimement critiquée en doctrine (146). Une telle action serait surtout une action en nullité. La restitution ne serait que la conséquence à tirer de la nullité, et cette conséquence varierait (147). Le pourvoi formé contre l'arrêt de la Cour de Lyon a cependant été rejeté par la Cour de Cassation (148). Celle-ci, après avoir rappelé qu' « un intérêt direct et actuel pouvait seul donner ouverture à une action en justice », affirme que le succès des actions intentées par les ouvriers demandeurs « ne sanctionnerait aucun droit appartenant à chacun d'eux personnellement ».

C'est à des conclusions semblables qu'aboutit la Chambre criminelle de la Cour de Cassation dans un arrêt récent (149). Cette haute juridiction déclare irrecevable l'action des membres du Comité d'établissement agissant individuellement pour la répression de faits ayant entravé le fonctionnement du Comité, aux motifs que ceux-ci ne sont pas des personnes personnellement et directement lésées par l'infraction poursuivie, sans doute parce que leur préjudice individuel se dissout dans le préjudice général du Comité.

Certaines juridictions inférieures ont, au contraire, admis l'action sociale « ut singuli » en matière d'action en nullité d'élections au bureau du conseil d'administration d'une Caisse de Sécurité sociale.

Une première décision (150) a retenu le titre du réclamant qui agissait dans la qualité d'administrateur de la caisse, apte à être désigné comme membre du bureau, et lésé dans ce droit.

Une autre décision (151) retient même comme suffisante la qualité d'assuré social et d'affilié à la Caisse. Si ce point de vue devait être accepté, il poserait le principe que le recours dirigé contre les décisions d'une Caisse, tout au moins celles qui intéressent sa gestion administrative, est une véritable action populaire (152).

(146) Rev. trim. de dr. civ., 1950, p. 216, obs. Hebraud ; Durand, Droit social, 1951, p. 673 ; Vedel, L'Information du chef d'entreprise, 1951, p. 33.

(147) Rev. trim. de dr. civ., 1950, p. 216, obs. Hebraud.

(148) Cass. Soc., 9 janv. 1954, Rev. trim. de dr. civ., 1954, p. 343-344, obs. Hebraud.

(149) Cass. Crim., 24 nov. 1953, D. 1954-237, note Levasseur, J.C.P. 1954-II-2156, note Larguier.

(150) Commission de 1re instance de Sécurité Sociale de Nancy, 2 août 1950, Droit Social, 1951, p. 285.

(151) Commission de 1re Instance de Sécurité Sociale de Paris, 1er fév. 1951, G.P. 27 juin 1951, Droit Ouvrier, 1951, p. 116.

(152) Rev. trim. de dr. civ., 1951, p. 417, obs. Hébraud.

4° *L'action sociale « ut singuli » dans le droit de la propriété.*

169. *Action des sinistrés groupés en association syndicale.* — Dans le droit de la propriété aussi la jurisprudence a parfois admis la recevabilité des actions sociales exercées « ut singuli ».

Ainsi, certaines décisions ont permis aux sinistrés, groupés dans une coopérative ou une association syndicale, de provoquer, en référé et à titre conservatoire, une expertise destinée à constater les malfaçons de travaux en cours (153). La forme « ut singuli » de l'action sociale est la seule capable de rendre compte de cette jurisprudence, puisque l'exercice des droits individuels fait l'objet d'une monopolisation absolue au profit de la société coopérative de reconstruction et, par voie de conséquence, l'action individuelle d'un sinistré doit être déclarée irrecevable (154).

170. *Action des copropriétaires d'appartements.* — Par contre, une décision (155) s'est montrée beaucoup moins attentive à la défense des droits individuels dans une situation assez voisine de la précédente, celle des copropriétaires d'appartements groupés en syndicat. L'un des copropriétaires ayant installé une exploitation commerciale dans un local et apposé des inscriptions publicitaires sur les parties communes de l'immeuble en violation du règlement de copropriété, l'assemblée des copropriétaires, convoquée, n'avait pas réuni le nombre voulu des participants pour habiliter le syndic à agir en justice. Devant cette carence, l'un des copropriétaires poursuivait personnellement le contrevenant.

Le Tribunal de la Seine a déclaré cette action irrecevable. Il estime que les intéressés ont renoncé à leur droit d'action individuelle par leur adhésion au règlement de copropriété. S'il reconnaît que la décision de l'assemblée ne s'impose pas à la minorité et que l'un des copropriétaires peut recourir contre elle, si elle est abusive, le Tribunal considère cependant que la seule voie ouverte au réclamant est une action en nullité de la décision de l'assemblée qui refusait d'appliquer le règlement de copropriété, dirigée, non contre le contrevenant, mais contre le syndicat lui-même (156).

(153) Rev. trim. de dr. civ., 1949, p. 440-441, obs. Hébraud ; Amiens, 2 déc. 1952, G.P. 1953-1-123.

(154) Commission départementale des dommages de guerre du Finistère, J.C.P. 1951-II-6637, note Liet-Veaux.

(155) Trib. Seine, 6 nov. 1952, G.P. 1953-1-100.

(156) Dans le cas d'une action préalable en nullité, dirigée contre le syndicat, cf. note Madray, J.C.P. 1953-II-2057.

5° *L'exercice par le contribuable des actions appartenant à la commune.*

171. *L'article 123 de la loi municipale du 8 avril 1884.* — Cet article dispose que, lorsque la commune refuse ou néglige d'exercer les actions communales, les contribuables communaux peuvent les exercer, ou y intervenir, avec l'autorisation du Conseil de Préfecture (aujourd'hui le Tribunal administratif). Constitue une action communale, l'action relative à un droit dont chacun des habitants ne jouit qu'en qualité d'habitant de la commune, et dont chacun d'eux ne peut continuer de jouir après qu'il a transféré son domicile dans une commune étrangère (157). Ainsi, lorsque est contestée la reconnaissance, par le propriétaire d'une source, que l'eau est nécessaire aux habitants d'un village ou l'existence d'une servitude d'eau acquise par un usage plus que trentenaire, est considérée comme sociale l'action possessoire exercée « ut singuli » par l'habitant qui prétend avoir possédé l'usage des eaux et avoir été troublé dans cet usage (158).

B. — NATURE DU POUVOIR D'ACTION DES MEMBRES DU GROUPEMENT.

172. *L'action sociale « ut singuli » est un cas de subrogation dans l'action.* — L'exercice des actions sociales par les membres d'un groupement agissant « ut singuli », doit être analysé comme un cas de subrogation dans l'action. Les demandeurs, en effet, font valoir en justice le droit du groupement lui-même, sans cependant prétendre le représenter, mais en invoquant un titre qui leur permet d'exercer l'action en leur nom propre.

1° *Le demandeur fait valoir le droit d'autrui.*

173. *Action destinée à faire valoir le droit du groupement.* — Il est tout d'abord certain que le demandeur ne fait pas valoir un droit qui lui serait propre, mais un droit qui est personnel au groupement. Sa situation est comparable à celle du créancier qui exerce l'action oblique : sans doute les membres d'un groupement ne sont pas les créanciers de celui-ci, mais la qua-

(157) Caen, 4 avr. 1928, G.P., Table quinquennale, 1925-30, V° Action en Justice, n°s 11 et 12.

(158) Trib. civ. Brest, 20 mars 1912, G.P. 1912-2-258. En droit italien, une loi du 17 juil. 1890 sur les O.P. (opera pia) art. 82-83, dispose que chaque citoyen appartenant à la province, à la commune ou à la fraction de commune à laquelle s'étend la bienfaisance, peut exercer les actions appartenant aux institutions de bienfaisance. L'action de l'habitant est considérée comme une action populaire. Il y a donc là un cas de « subrogation dans l'action ». Cf. Chiovenda, Istituzioni di diritto processuale civile, t. 2, n° 224, p. 217.

lité de membre est de nature à leur conférer un pouvoir d'action dont la fonction est d'assurer la protection de leur part d'intérêt dans le groupe, de la même manière que l'action oblique assure la protection de l'intérêt du créancier dans le patrimoine de son débiteur.

Que le demandeur fasse valoir en justice le droit du groupement dont il est membre, cela est bien évident dans la plupart des cas.

Il en est ainsi, dans le droit des sociétés, pour les actions en nullité d'une opération juridique illicite faite au détriment de la société, et des actions en restitution de titres usurpés au préjudice de la collectivité des associés. Dans le droit de la faillite, il faut encore tenir, pour collectif, le droit à réparation qui naît des malversations commises par le syndic dans la gestion des affaires de la masse des créanciers, de même que le droit d'élever le contredit qui naît de la production à la faillite d'une créance inexistante. Il est encore certain que le détournement de leur emploi légal de sommes appartenant au Comité de l'entreprise, fait naître un droit à restitution appartenant au Comité lui-même. On doit enfin tenir, pour collectifs, les droits que le contribuable de la commune fait valoir en justice, puisque la loi elle-même précise que le demandeur exerce les actions de la commune.

174. *Conséquences.* — Les conséquences de cette idée apparaissent avec netteté dans le domaine de la nature de la décision prononcée.

Relativement à l'importance de la condamnation, on en tire la conséquence que la mesure de la décision se fait à la mesure même du droit du groupement subrogeant, sans qu'il y ait lieu de la limiter à l'importance de la part d'intérêt du demandeur dans le groupe (159). Ainsi, lorsque les juges déclarent bien fondé l'action en nullité du rachat d'actions effectué à l'aide du capital social, ils prononcent, non pas une nullité partielle limitée à la part d'intérêt du demandeur dans la société, mais une nullité totale s'étendant à l'ensemble des titres rachetés par ce procédé illégal (160). Lorsque le litige a pour objet l'élimination d'un actionnaire titulaire de droits usurpés, l'éviction prononcée n'est pas une éviction partielle et limitée à la part d'intérêt du demandeur, mais une éviction totale qui porte sur l'intégralité des titres usurpés (161). Dans l'action en respon-

(159) Comparer avec l'action oblique où le créancier peut demander condamnation, non seulement pour le montant de sa créance, mais aussi pour la totalité de la somme due par un tiers à son débiteur (Cf. Supra, n° 134).

(160) Civ., 28 juin 1943, J.C.P. 1944-II-2516, note Bastian.

(161) Lyon, 5 mars 1951, J.C.P. 1951-II-6562, note D.B. Voir encore Trib. cor. Seine, 2 nov. 1951, J.C.P. 1952-II-6701, note Larguier, qui a

sabilité exercée, par un créancier, contre le syndic au cas de malversations commises au préjudice de la masse des créanciers de la faillite, la mesure de la condamnation prononcée est appréciée à l'importance du préjudice subi par la masse des créanciers toute entière.

Relativement au sort de la condamnation, on décide que c'est le groupement lui-même qui doit bénéficier en définitive de la condamnation prononcée. Une décision a, par exemple, condamné l'auteur d'un détournement commis au préjudice d'un Comité d'entreprise à remettre aux membres du Comité demandeur le montant des sommes détournées « pour être réintégré par les soins et sous la responsabilité du demandeur dans la caisse du Comité d'entreprise » (152).

175. *Difficultés pour certaines actions. - Action sociale en responsabilité exercée « ut singuli ».* — Il est encore vrai que le demandeur fait valoir le droit du groupement dans quelques hypothèses particulières où le doute est cependant possible.

On peut se demander si l'action sociale en responsabilité contre les administrateurs de société, correspond à un droit du groupement, ou à un droit personnel du demandeur, lorsqu'elle est exercée « ut singuli » par des actionnaires agissant isolément ou par voie de groupement : le montant de la condamnation prononcée est, en effet, réduit à la part d'intérêt que l'actionnaire possède dans la société, pour la raison que la cause de cette action provient de la répercussion engendrée sur le patrimoine particulier de l'actionnaire par la disparition ou la diminution de l'actif social qu'il allègue (163), qu'il s'agisse d'une action exercée par l'associé isolé, ou d'une action exercée par un groupement d'actionnaires représentant au moins le vingtième du capital social. Si, avant le décret-loi du 31 août 1937, il était difficile de dénier à cette action son caractère social, puisque son exercice « ut singuli » pouvait être subor-

condamné le secrétaire d'un Comité d'entreprise à restituer, à un membre du Comité, l'ensemble des sommes détournées au préjudice de ce Comité.

(162) Cf. Trib. Cor. Seine, 2 nov. 1951, précité.

(163) Comparer en matière d'associations, Caen, 3 juin 1926, G.P., Table quinquennale, 1925-30, V° actions en justice, n° 9. Selon cette décision, l'attribution, aux seuls représentants qualifiés d'une association, de l'action en réparation du dommage causé aux intérêts collectifs, ne saurait faire échec au droit de tout sociétaire de réclamer, dans les limites de son intérêt particulier, la réparation du dommage matériel et moral que peut lui faire éprouver personnellement un délit commis au préjudice de l'association, lequel, en diminuant les ressources de l'association, devait avoir pour résulter de léser les intérêts particuliers du demandeur, en réduisant les avantages réservés à sa situation de membre de l'association.

donné, par une clause des statuts, à l'approbation de l'assemblée générale des actionnaires, et que l'action était éteinte par toute décision de l'assemblée générale approuvant ou confirmant un acte des administrateurs, transigeant avec eux ou renonçant expressément à l'action, ou peut être tenté maintenant de soutenir qu'elle correspond à un droit personnel à l'associé, puisque le décret-loi de 1937 dispose qu'est nulle toute clause des statuts subordonnant l'exercice de l'action sociale à l'approbation de l'assemblée générale, et qu'aucune décision de cette assemblée ne peut éteindre une action en responsabilité contre les administrateurs, pour faute commise dans l'accomplissement de leur mandat.

Il faut cependant admettre que c'est l'action même de la société qui est exercée. C'est pourquoi le demandeur doit justifier de sa qualité d'actionnaire au jour de l'assignation et au jour du jugement (165) et le montant de la condamnation prononcée doit rentrer en définitive dans la caisse sociale (166).

176. *Nature sociale de l'action paulienne et des actions individuelles des créanciers de la faillite.* — Des doutes encore plus graves peuvent naître sur la nature sociale de l'action paulienne exercée individuellement par un créancier pendant la faillite et des actions des créanciers dans la masse après la clôture de la faillite pour insuffisance d'actif. En effet, l'action paulienne est attribuée aux seules personnes qui étaient titulaires du droit de soulever l'inopposabilité de l'acte argué de fraude ou de collusion, c'est-à-dire aux seuls créanciers individuels. Une restriction semblable doit être apportée en matière d'exercice des actions de la masse après la clôture de la faillite pour insuffisance d'actif ; ce n'est pas n'importe quel créancier dans la masse qui peut agir, mais les seuls créanciers titulaires du droit déduit en justice avant l'ouverture de la faillite : on dit que les créanciers retrouvent l'exercice des actions individuelles.

Cependant, il faut admettre ici encore que c'est l'action de la masse elle-même qui est exercée « ut singuli ». En effet, la déclaration de faillite entraîne le transfert à la masse de tous les droits individuels des créanciers : ceux-ci n'ont plus que le droit de produire à la faillite. Cette remarque est valable, non seulement pour l'action paulienne exercée pendant la faillite, mais aussi pour les actions individuelles des créanciers après la clôture de la faillite pour insuffisance d'actif ; il n'y a pas là, en effet, une véritable solution de la faillite : la masse subsiste,

(164) Cass. Comm., 4 août 1952, J.C.P. 1952-II-7810, note Lescot.

(165) Escarra, Manuel de dr. comm., t. 1, n° 811, p. 457.

(166) Escarra, Manuel de dr. comm., t. 1, n° 811, p. 457. Contra note Lescot précitée ; Rev. trim. de dr. comm., 1952, p. 841 et suivantes, obs. Rault ; G. Ripert, Traité élém. de dr. comm., n° 1218.

et les droits des créanciers dans la masse conservent la même nature que celle qu'ils avaient avant la clôture.

C'est pourquoi la condamnation profite à la masse. Celle-ci a le droit de revendiquer le bénéfice de la révocation prononcée sur l'action paulienne, au profit de tous les créanciers, même des créanciers postérieurs à l'acte déclaré inopposable (167). De même, le produit des actions exercées par les créanciers individuellement, après la clôture pour insuffisance d'actif, appartient à la masse qui n'a pas cessé d'exister, et le syndic peut exiger le rapport des sommes encaissées (168).

2° *Le demandeur agit en son nom propre.*

177. *Intérêt personnel du membre du groupement.* — Dans l'exercice « ut singuli » de l'action sociale le demandeur n'agit pas en qualité de représentant, mais en son nom propre. Il doit justifier d'un intérêt personnel.

On a soutenu parfois qu'il y avait représentation du groupement. On a dit, par exemple, que l'actionnaire, qui agit en responsabilité contre les administrateurs de la société, n'agit pas pour son compte personnel, mais en tant que représentant de la société, dans la mesure de ses intérêts dans le groupement et pour la part du préjudice afférent aux actions qu'il possède (169). On a encore soutenu que le créancier, qui agit individuellement après la clôture pour insuffisance d'actif, gère l'affaire de la masse. Certains auteurs de droit public expliquent aussi l'exercice, par le contribuable, des actions de la commune en invoquant l'idée de gestion d'affaires.

Il semble au contraire que la jurisprudence considère le demandeur comme titulaire d'un pouvoir d'action propre, lorsqu'il fait valoir un intérêt personnel à l'action. Le groupement, d'ailleurs, peut toujours intervenir dans l'instance : son intervention n'a pas pour effet de le substituer au subrogé, mais de lui permettre d'aider celui-ci, en renforçant son action. Le groupement n'intervient donc pas comme partie représentée, mais par cela seul que c'est son droit qui est en jeu dans le procès.

(167) Réq., 13 nov. 1867 (solution implicite), D. 1868-1-212 ; 29 juil. 1908, D. 1909-1-409, note Percerou ; 6 juil. 1930, G.P. 1930-1-751 ; Civ., 11 juil. 1934, D.H. 1934-441 ; 28 juil. 1938, Revue générale des Faillites, 1939, p. 5 ; Contra Aubry et Rau, Droit civil français, t. 4, paragr. 313.

(168) Paris, 8 mars 1856, D. 1856-2-139 ; Trib. Comm. Dijon, 25 sept. 1900, Journal des Faillites, 1900, p. 442 ; Comparer Aix, 20 mars 1884, et Paris, 6 août 1896 : En ce sens Lyon-Caen et Renault, Traité de droit commercial, t. 8, n° 782.

(169) Escarra, Manuel de dr. comm., t. 1, n° 811.

Chapitre IV

LES CAS DE PRÉROGATIVE FONCTIONNELLE

178. *Situations dans lesquelles il y a lieu à prérogative fonctionnelle.* — La dernière manifestation de la notion de qualité, ce sont les cas de prérogative fonctionnelle.

Il y a « prérogative fonctionnelle » lorsqu'un organe ou une personne tiennent, de la loi, la compétence (1) nécessaire pour assurer la protection judiciaire de certains intérêts. Ces intérêts sont généralement collectifs : intérêts de la société, intérêts de la profession, intérêts de la famille. Les collectivités, dont les intérêts sont protégés par le législateur, ne constituent pas des personnes juridiques et sont le plus souvent inorganisées. En attribuant compétence à certaines personnes pour assurer la satisfaction de leurs droits, la loi leur donne un début d'organisation.

Exceptionnellement, le législateur attribue compétence au Ministère public pour assurer la protection de certains intérêts privés, comme ceux de l'absent. Les particuliers sont normalement les mieux placés pour satisfaire leurs intérêts ; c'est pourquoi le Ministère public ne peut pas agir, en règle générale, pour faire valoir des intérêts privés. Cependant, certaines personnes sont parfois dans l'impossibilité de défendre leurs intérêts et c'est le Ministère public qui est la personne la plus qualifiée pour le faire. C'est bien ce qui se passe pour l'absent.

Les organes qui assurent la protection de ces intérêts, n'agissent ni comme titulaires du droit litigieux ou de l'intérêt lésé, ni comme subrogés ayant un intérêt personnel à l'action.

Il paraît également impossible de les considérer comme les représentants des personnes ou des groupements intéressés.

(1) Le sens du mot « compétence » est ici tout différent de celui qui exprime le pouvoir de juger d'une juridiction. Le sens où nous l'entendons appartient au vocabulaire du droit public, mais a été repris par certains auteurs de droit judiciaire pour exprimer certaines hypothèses de qualité (Cf. Giverdon, La qualité, condition de recevabilité de l'action en justice, D. 1952, chronique p. 85) ou même pour résumer tous les cas de qualité (Cf. Fourneau, Pour une Conception Objective de l'Action en Justice, n° 179). La Cour de Cassation n'a pas adopté ce vocabulaire (Rev. trim. de dr. civ., 1954, p. 140-141, obs. Hébraud).

En définitive, ce sont des organes qui remplissent la « fonction » qui leur a été confiée par le législateur (2). C'est pourquoi on parle de « prérogative fonctionnelle » (3).

179. *Plan.* — Les cas de prérogative fonctionnelle sont assez nombreux. Pratiquement, chaque fois que le législateur se trouve en présence d'un intérêt digne de considération particulière, il en organise la protection.

Le Ministère Public est tout désigné pour assurer cette fonction.

Certaines fonctions d'agir sont aussi attribuées à des organes de caractère semi-public, comme les syndicats ou les ordres professionnels.

Enfin, la femme mariée est chargée de veiller à la protection des intérêts de la famille dont elle fait partie.

SECTION I

L'action du Ministère Public

180. *Diversité des prérogatives du Ministère Public.* — Le Ministère Public peut agir dans de nombreux domaines. En matière pénale, il met en mouvement et exerce l'action publique dans l'intérêt de la société. En matière civile, il agit dans l'intérêt de l'ordre public. Enfin, le Procureur général près la Cour de Cassation dispose d'un pouvoir d'action dans l'intérêt de la légalité violée par une décision de justice, qui se traduit par la technique du pourvoi dans l'intérêt de la loi.

§ 1er. — *Le pouvoir d'action publique du Ministère Public dans l'intérêt de la société.*

181. *Attribution de l'action publique.* — Le pouvoir de provoquer la répression des infractions à la loi pénale par le juge peut théoriquement être attribué de diverses manières.

On peut admettre que la répression est un acte qui intéresse tous les citoyens et, par voie de conséquence, attribuer à chacun d'eux qualité pour agir : il y a action populaire. Dans l'ancien droit français, par exemple, toute personne qui avait eu connaissance qu'une infraction avait été commise, pouvait saisir le juge ecclésiastique et soutenir l'accusation (4). En Angle-

(2) Morel, Traité élém. de proc. civ., nº 32.

(3) Morel parle de « fonction d'agir » (Cf. Traité élém. de proc. civ., nº 32). M. Hébraud emploie le terme de « prérogative fonctionnelle » (Rev. trim. de dr. civ. 1949, p. 439).

(4) A. Dumas, Cours d'histoire du droit, p. 126.

terre, jusqu'en 1879, la saisine en matière criminelle était essentiellement populaire. Depuis cette date, à côté de l'action populaire, existent des pouvoirs d'action conférés à des organes publics (5).

A l'inverse, on peut penser que la répression intéresse moins chaque citoyen « ut singuli » que la société tout entière. Le pouvoir d'action publique est alors conféré à des organes de l'Etat qui exercent une fonction, une compétence qui s'inscrit dans l'ordonnancement général des compétences des divers pouvoirs de l'Etat.

En droit positif français, c'est ce dernier système qui est admis. Il existe des organes compétents, qui sont, principalement, le Ministère public. Il n'y a pas d'action pénale populaire.

A. — DETERMINATION DES ORGANES COMPETENTS POUR L'EXERCICE DE L'ACTION PUBLIQUE

1° *Principe de la compétence du Ministère Public.*

182. *Etendue du pouvoir du Ministère Public.* — L'organe compétent pour exercer l'action publique est, en France, le Ministère Public. Il a le pouvoir de mettre en mouvement l'action publique, concurremment avec la partie lésée lorsqu'elle se constitue partie civile (6), et possède l'attribution exclusive de l'exercice des poursuites (7).

Cependant, quelques obstacles viennent entraver l'action du Ministère Public dans la poursuite de certains délits. Dans certains cas, la poursuite est subordonnée au dépôt d'une plainte préalable. Il en est ainsi en matière d'adultère : la poursuite pour adultère contre un époux, est subordonnée au dépôt d'une plainte par l'autre époux.

Il arrive encore que les poursuites soient subordonnées à une autorisation préalable, comme pour les poursuites dirigées contre un parlementaire protégé par « l'immunité parlementaire ». Enfin, l'action publique peut être paralysée par l'existence d'une question préjudicielle, dans les poursuites pour suppression d'état d'enfant légitime : la compétence exclusive, attribuée aux tribunaux civils, entraîne une dérogation remarquable aux principes du droit commun des poursuites ; alors que, d'ordinaire, le Ministère Public a le libre exercice des poursuites, en matière de suppression d'état, l'initiative ne lui appartient plus ; il ne peut agir qu'après que les parties inté-

(5) Cf. Fourneau, Pour une Conception Objective de l'Action, n° 55.

(6) Cf. Infra, n° 188.

(7) Donnedieu de Vabres, Traité élémentaire de droit criminel, n° 1075.

ressées ont exercé leur action au civil, et obtenu un jugement constatant la vraie filiation de l'enfant dont on prétend que l'état a été supprimé. Il y a là une question préjudicielle, non pas au jugement, mais à l'action publique elle-même, et c'est pourquoi on dit qu'elle constitue un obstacle à la compétence du Ministère Public (8).

183. *Nature du pouvoir du Ministère Public.* — Le pouvoir d'action du Ministère Public en matière pénale s'analyse en une véritable prérogative fonctionnelle.

Il est certain, tout d'abord, que le Ministère Public n'exerce pas un droit subjectif qui lui serait personnel. D'autre part, il est non moins évident qu'il n'est pas intéressé personnellement à l'exercice de l'action publique, comme doit l'être le subrogé dans le pouvoir d'action.

La difficulté la plus grave consiste dans la question de savoir si le Ministère Public ne peut pas être considéré comme le représentant de la société. Autrefois, on prétendait que la qualité pour agir du Ministère Public s'expliquait parce que la société était titulaire d'un droit subjectif à la répression des activités matérielles contraires à la loi pénale, et que le Ministère Public était précisément le représentant de la société, de la même manière que l'on considérait le syndicat comme le représentant de la profession (9).

Deux objections importantes semblent devoir conduire à rejeter cette manière de voir. La première est d'ordre technique : on ne peut représenter que des personnes juridiques ; or la société, en tant que telle, ne constitue pas, à l'évidence, un groupement doté de la personnalité juridique, mais est une notion d'ordre purement sociologique. La deuxième objection touche à la réalité des choses : il paraît impossible, en effet, que le Ministère Public exprime la volonté de la société, car celle-ci n'a, en fait, aucun moyen de l'exprimer ; le Ministère Public exprime plutôt la volonté du pouvoir d'état.

En réalité, la compétence du Ministère Public ne peut s'analyser autrement que dans une prérogative, qui lui est attribuée par le droit positif en raison des fonctions qui lui sont conférées, de manière générale, par les règles supérieures d'organisation du pouvoir d'état. Il y a donc bien là un type de prérogative fonctionnelle.

2° *Compétences exceptionnelles.*

184. *Exceptions au principe de la compétence du Ministère Public. Administrations.* — Exceptionnellement, d'autres per-

(8) Planiol et Ripert, Traité pratique de dr. civ. français, t. 2 ; La famille, par Rouast, p. 631, note 1.

(9) Sur cette question, Cf. infra n° 206.

sonnes que le Ministère Public ont le pouvoir de saisir le juge pour la poursuite de certains délits.

a) Dans certaines matières bien délimitées, des administrations particulières, comme les douanes ou les contributions indirectes, se voient attribuer un pouvoir de saisine. Il s'agit, le plus souvent, de la poursuite de délits en matière fiscale. La compétence des poursuites est théoriquement partagée entre ces administrations et le Ministère Public. Mais, pratiquement, ce dernier n'use guère de son pouvoir d'action, si bien que les administrations jouent le rôle d'un Ministère Public spécialisé. D'ailleurs le caractère indemnitaire des poursuites leur permet de renoncer ou de transiger, ce que ne peut faire le Ministère Public (10).

185. *Action d'office des juges.* — *b*) Les juges ont également un pouvoir d'action d'office en matière de délits d'audience.

D'autre part, quelques organes judiciaires à pouvoir juridictionnel possèdent d'autres pouvoirs d'action d'office. Ainsi, la Chambre des mises en accusation, en vertu de l'article 235 du Code d'Instruction Criminelle, peut, une fois saisie, « ordonner des poursuites, informer ou faire informer et statuer sur ce qu'il appartiendra ». De même, la Cour d'assises, en vertu de l'article 379 du Code d'Instruction Criminelle, peut ordonner des poursuites relatives aux crimes qui sont révélés à ses audiences, mais dont elle n'est pas saisie, « si ces crimes nouvellement manifestés, méritent une peine plus grave que celle des crimes dont elle a déjà été saisie, ou si l'accusé a des complices en état d'arrestation ».

186. *Partie lésée.* — *c*) La partie lésée, sans pouvoir exercer l'action publique, a cependant le pouvoir de la mettre en mouvement. Ce pouvoir d'ailleurs appartient exclusivement à la victime.

B. — ABSENCE D'ACTION POPULAIRE EN MATIERE PENALE

187. *Nécessité de l'atteinte à un droit subjectif.* — La mise en mouvement de l'action publique par l'exercice de l'action civile devant les juridictions répressives, n'appartient qu'aux personnes qui réclament la protection d'un droit subjectif lésé (11). Selon une exigence, fidèlement répétée par la chambre criminelle de la Cour de cassation, l'action civile n'est recevable que si le demandeur justifie d'un droit actuel et personnel, et

(10) Donnedieu de Vabres, Traité de droit criminel, n° 1094.

(11) Cf. Rev. trim. de dr. civ., 1953, p. 368-369, Obs. Hébraud, sous Trib. cor. Marseille, 13 déc. 1952, G.P. 1953-1-199.

d'un intérêt direct (12). Mais, lorsque la constitution de partie civile s'appuie sur l'atteinte à un droit personnel, l'action publique est nécessairement mise en mouvement (13). Le droit de poursuite constitue donc une action subjective, entendue par la chambre criminelle de la Cour de cassation de manière extrêmement restrictive.

188. *Conséquences de cette idée.* — Ainsi, doit être déclarée irrecevable, l'action, devant la juridiction répressive, d'une personne qui déclare intervenir uniquement pour renforcer la poursuite du Ministère Public, sans conclure à la réparation du préjudice personnellement subi (14). Le particulier lésé pourrait, cependant, avoir intérêt à procéder ainsi, pour réclamer devant une autre juridiction la réparation du dommage subi, soit en vertu d'une option de compétence, soit en raison de l'incompétence de la juridiction saisie pour statuer sur les intérêts civils (cas du tribunal pour enfants lorsque le délit a été commis à la fois par un mineur et par un majeur).

A plus forte raison, la juridiction répressive ne peut être saisie par une personne qui n'a pas de droit personnel parce que, par exemple, ce droit a été dénié par le jugement d'une autre juridiction. Celà peut arriver lorsqu'une personne met en mouvement une poursuite pour faux en matière de testament, alors qu'elle avait déjà épuisé son pouvoir d'action, devant la juridiction civile qui avait prononcé un jugement lui donnant tort sur le fond. Une cour d'appel (25) a déclaré que la juridiction répressive avait été valablement saisie, bien que la partie civile ne put prétendre à la reconnaissance d'un droit qui lui avait déjà été refusé devant les juges civils. Cette décision a été justement critiquée, car on a fait remarquer qu'elle tendait à faire, du pouvoir de mettre en mouvement l'action publique, une action objective, ouverte à n'importe quel citoyen (26).

§ 2. — *Les prérogatives fonctionnelles du Ministère Public en matière civile.*

189. *Ordre public et intérêts privés.* — En matière civile, le Ministère Public se voit attribuer un pouvoir d'action princi-

(12) Cf. Magnol, De la compétence des juridictions répressives pour connaître de l'action civile et des conditions de recevabilité de cette action devant ces juridictions, dans, Le droit privé français au milieu du XX^me^ siècle, t. 2, p. 208 ; voir en dernier lieu, Cass. crim., 11 fév. 1954, J.C.P. 1954-II-7994, Rev. trim. de dr. civ., 1954, p. 344, Obs. Hébraud.

(13) Cass. crim. 22 janv. 1953, D. 1953-J-109, rapport Patin.

(14) Aix, 3, fév. 1932, G.P., Table quinquennale, 1930-35, V° Action civile, n° 21-22.

(15) Alger, 3 décembre 1948, D. 1949-J-199.

(16) Rev. trim. de dr. civ., 1949, p. 439, obs. Hébraud.

pale dans toutes les affaires où l'ordre public est principalement et directement intéressé. Exceptionnellement, le Ministère Public possède certaines prérogatives, lui permettant d'agir en vue de la satisfaction d'intérêts privés.

A. — L'ACTION DANS L'INTERET DE L'ORDRE PUBLIC

1° *La notion d'ordre public* (17).

190. *Définition.* — La notion d'ordre public est une notion vague, qui recouvre un certain nombre de situations disparates, de telle sorte que c'est une notion qui se définit beaucoup plus par ses effets que par sa nature propre.

Sont d'ordre public, les règles auxquelles les particuliers ne peuvent pas déroger par des conventions particulières. La sanction de leur violation est la nullité des conventions illégales.

191. *Domaine d'application.* — Le domaine d'application de la notion d'ordre public est très vaste et touche aux règles d'organisation de la famille, à celles qui régissent l'organisation politique et administrative de l'Etat, à l'ordre économique en vigueur dans un Etat, à certaines règles de procédure, etc...

Les limites de la notion d'ordre public sont généralement définies relativement aux intérêts purement privés. Mais elles doivent être aussi précisées par d'autres notions, telles que « l'honneur et le repos des familles » (18).

2° *Détermination des organes compétents pour agir dans l'intérêt de l'ordre public.*

192. *a) Le Ministère Public* (19). — Il est certain que le Ministère Public peut, comme partie jointe à un procès, requérir le respect des règles d'ordre public : en matière contractuelle, par exemple, il peut requérir l'annulation du contrat pour nullité d'ordre public, toutes les fois que les parties ne songent pas à la demander.

A l'inverse, une controverse célèbre s'est autrefois élevée sur le pouvoir d'action du Ministère Public, comme partie principale, dans les procès où l'ordre public est intéressé. La difficulté est née de l'obscurité de la loi du 20 avril 1810. L'article 46 de cette loi prévoit qu'« en matière civile, le Ministère Public agit

(17) Cf. Julliot de la Morandière, L'ordre public en droit privé interne, dans Etudes Capitant, 1939, p. 381.

(18) Cf. Civ., 17 déc. 1913, D. 1914-1-261, note Binet, S. 1914-1-153 ; Cass. civ., 10 juin 1953, J.C.P. 1953-II-7823, note J.S.

(19) Voir l'article de Solus, Le droit du Ministère public d'agir en justice au service de l'ordre public, in Etudes Capitant 1939, p. 769 ; Lucette Rouget, Dans quels cas le Ministère Public peut-il agir d'office en matière civile ? Thèse Paris, 1941.

d'office dans les cas spécifiés par la loi », mais lui reconnaît le droit de poursuivre, d'office, l'exécution des lois « dans les dispositions qui intéressent l'ordre public ». Fallait-il en déduire que le Ministère Public peut agir, en dehors même des cas spécifiés par la loi, chaque fois que l'ordre public est intéressé ?

La question était d'autant plus importante que les textes, qui attribuent formellement au Ministère Public un pouvoir d'action, sont assez rares : on peut citer, parmi ceux-ci, l'article 7 de la loi du 1er juillet 1901 sur les associations (rédaction du décret-loi du 23 octobre 1935) qui prescrit que « en cas de nullité prévue par l'article 3 (nullité de l'association fondée sur une cause ou un objet illicite, contraire aux lois, aux bonnes mœurs, ou qui aurait pour but de porter atteinte à l'intégrité du territoire national et à la forme républicaine du gouvernement), la dissolution de la société est prononcée,... soit à la requête de tout intéressé, soit à la diligence du Ministère Public ».

Après quelques hésitations, la jurisprudence a fini par admettre que le Ministère Public a qualité pour agir par voie d'action principale, dans toutes les circonstances qui intéressent l'ordre public (20).

Il faut cependant préciser cette formule très générale par l'application que la Cour de cassation fait, en cette matière, de la règle « de minimis non curat practor », lorsqu'elle précise qu'« en dehors des cas spécifiés par la loi où le Ministère Public agit d'office, son droit d'action ne s'applique et ne se justifie que dans les circonstances où l'ordre public est directement et principalement intéressé, à l'occasion de faits qui lui portent une grave atteinte, sans léser aucun intérêt rival » (21). C'est pourquoi, la jurisprudence déclare le Ministère Public sans qualité pour agir en contestation de la reconnaissance de la filiation naturelle, parce que cette matière concerne moins l'ordre public que le repos et l'honneur des familles (22).

193. — *b) L'action d'office du juge* (23). — Les juges ont aussi le pouvoir de soulever les moyens d'ordre public dans les procès soumis à leur examen, lorsque les parties négligent de le faire.

Ce pouvoir d'initiative du juge permet de corriger le caractère souvent illusoire du pouvoir d'action du Ministère Public.

(20) Civ., 15 déc. 1924, D. 1926-1-160 ; Civ., 4 mai 1931, conclusions du Procureur général Matter, G.P. 1931-1-872.

(21) Civ., 17 déc. 1913, D. 1914-1-261, note Binet, S. 1914-1-153; Req., 4 nov. 1946, S. 1947-1-43; Cass. civ., 10 juin 1953, J.C.P. 1953-II-7823, note J.S.

(22) Civ., 17 déc. 1913 et 10 juin 1953, précité.

(23) Mimin, Les moyens d'ordre public et l'office du juge, J.C.P. 1946-1-542.

En effet, le Ministère Public ne peut pas avoir une connaissance directe et personnelle des conventions que les particuliers passent entre eux. Bien que beaucoup de contrats soient actuellement soumis à publicité, le Ministère Public n'a, ni le temps, ni les moyens matériels pour soumettre à sa censure, tous les contrats dont l'existence lui est ainsi révélée. C'est pourquoi, ce sont les contractants qui, le plus souvent, sont les meilleurs serviteurs de l'ordre public, en demandant aux tribunaux l'annulation de leurs conventions (24). Lorsque cependant les plaideurs négligent de le faire, le juge supplée à cette défaillance, en se saisissant lui-même pour prononcer la nullité des actes et des conventions contraires à l'ordre public.

B. — COMPETENCE EXCEPTIONNELLE DU MINISTERE PUBLIC POUR AGIR DANS L'INTERET DES PARTICULIERS

194. *Protection des incapables et des absents.* — Exceptionnellement, le Ministère Public a le pouvoir de saisir le juge, en vue d'assurer la protection d'intérêts particuliers.

Cela arrive en matière de protection des incapables : le Ministère Public a, par exemple, qualité pour demander, à la Chambre du Conseil du Tribunal civil, la déchéance de la puissance paternelle, contre le père indigne, au profit du mineur (25).

Cela arrive encore, dans la matière de l'absence, lorsque le Ministère Public demande au juge de prendre des mesures pour assurer la protection provisoire des biens du présumé absent (26) : l'article 114 du Code civil charge, en effet, spécialement le Ministère Public de veiller sur les intérêts des personnes présumées absentes.

On a fait remarquer que le juge avait aussi un pouvoir d'action d'office pour assurer la protection des intérêts privés, lorsque le Tribunal de commerce se saisit lui-même pour prononcer le jugement déclaratif de faillite (27).

§ 3. — *Le pourvoi dans l'intérêt de la loi.*

195. *Pourvoi du Procureur Général près la Cour de Cassation.* — Le procureur général près la Cour de cassation a le

(24) Ripert et Boulanger, Traité élém. de dr. civ. de Planiol, t. 2, n° 835.

(25) Colin et Capitant, Traité de dr. civ., refondu par Julliot de la Morandière, t. 1, n° 1140.

(26) Ripert et Boulanger, Traité élém. de dr. civ. de Planiol, t. 1, n° 477.

(27) Cf. Fourneau, Pour une conception objective de l'Action en Justice, n° 152, p. 204.

pouvoir de former un pourvoi contre les décisions définitives des juridictions inférieures, en invoquant l'intérêt de la loi.

La forme et les effets de cette voie de recours, ont été prévus par l'article 88 de la loi du 27 ventôse an VIII et par l'article 51 de la loi du 23 juillet 1947. L'objet de ce pourvoi est la défense de la loi méconnue : le Ministère Public agit, ici, dans le but d'empêcher la formation d'une jurisprudence illégale.

Quant aux parties, le pourvoi n'a aucune influence sur leur situation ; elles ne peuvent se prévaloir de la Cassation pour éluder les dispositions de la décision cassée, laquelle vaut transaction pour elles (28). L'assimilation d'une décision définitive à une transaction est d'ailleurs singulière, dans des matières d'ordre public qui ne comportent point de transaction. D'autre part, les effets du pourvoi dans l'intérêt de la loi peuvent faire l'objet de difficultés dans les matières où les jugements ont exceptionnellement une autorité absolue, « ergo omnes », comme en matière d'action en déclaration de nationalité (29).

196. *Pourvoi dans l'intérêt de la loi du Directeur Général de la Sécurité Sociale.* — Il faut mentionner encore la prérogative, accordée par l'article 34 du décret du 30 décembre 1946 au Directeur Général de la Sécurité Sociale, de se pourvoir, dans l'intérêt de la loi, devant la Commission de Première Instance de Sécurité Sociale, pour faire annuler les décisions illégales des organismes de sécurité sociale (30).

SECTION II

L'action des groupements dans un intérêt général

197. *Qualité des groupements pour faire valoir les droits qui leur appartiennent en propre.* — Un groupement, syndicat, ordre professionnel ou association, peut certainement exercer les actions en justice destinées à mettre en œuvre les droits qui lui appartiennent en propre, en tant que sujet de droits et d'obligations (31), au moins lorsqu'aucun élément spécial, tel que le défaut de personnalité juridique, ne vient modifier ou compliquer l'aspect de la question (32).

(28) Morel, Traité élém. de proc. civ., n° 669.

(29) Cf. Cass. civ., 6 juil. 1948, D. 1949-J-25, note P.L.P.

(30) Bonnafous, Le pourvoi du directeur régional de la Sécurité sociale dans l'intérêt de la loi, Droit social, 1953.

(31) Japiot, Traité élém. proc. civ., n° 67, p. 57 ; Brulliard, Proc. Civ., n° 32, p. 30.

(32) Sur le défaut de personnalité, distinct du défaut de qualité, Cf. Infra, n°s 315 et suivants.

En effet, les groupements dotés de la personnalité morale ont un patrimoine propre, composé de droits et d'obligations distincts, et des droits personnels des individus qui en sont membres, et de l'intérêt général de la catégorie sociale dans laquelle ceux-ci sont recrutés.

La qualité de ces groupements résulte, alors, de ce qu'ils sont titulaires des droits qu'ils font valoir en justice. Il en est ainsi, par exemple, pour les actions exercées par les sociétés civiles et commerciales.

198. *Atteinte à l'intérêt de la profession ou d'une catégorie sociale.* — Mais il arrive qu'une activité matérielle, ou juridique, soit contraire, non plus à l'intérêt personnel d'un groupement, mais aux lois et usages d'une profession (exercice illégal d'une profession réglementée par la loi, inobservation de la législation protectrice du travail, etc...) ou à l'intérêt d'une catégorie sociale particulière (discrédit jeté sur la résistance, etc...).

Certaines personnes sont alors directement lésées par une telle activité. Elles ont qualité pour demander au juge la reconnaissance et la sanction du droit propre auquel il a été porté atteinte.

En dehors de ces personnes, les membres de la profession, ou de la catégorie sociale lésée, ne peuvent pas, en cette seule qualité, agir pour la défense de l'intérêt collectif. Ils n'invoqueraient, en effet, aucun droit susceptible de leur appartenir en propre. C'est ainsi que l'action d'individus appartenant à une profession attaquée d'une manière blessante dans une brochure ou un journal, a autrefois été écartée pour défaut d'intérêt, du moment que les demandeurs n'avaient pas été personnellement désignés (33). De même, l'intervention, à titre de partie civile, de divers débitants de boissons dans la poursuite, contre d'autres débitants, pour ouverture d'un débit de boissons alcooliques clandestin, a été déclarée irrecevable, cette infraction ne causant aux parties intervenantes aucun préjudice direct, mais seulement la possibilité d'un préjudice indirect (34).

Si, maintenant, ces mêmes individus auxquels la jurisprudence dénie le pouvoir d'agir dans l'intérêt général, sont groupés en associations, association ordinaire, syndicat ou ordre professionnel, leur action en vue de la mise en œuvre d'un intérêt général ne sera-t-elle pas recevable ?

Une telle action présente une utilité certaine. Les intérêts des individus sont, en effet, souvent mieux sauvegardés lorsque l'action des groupements est permise d'une manière large, car les personnes, même directement lésées, peuvent hésiter à agir et en tout cas il est parfois difficile de déterminer la mesure

(33) Trib. Seine, 9 juillet 1862, D. 1862-3-364 ; 19 août 1863, D. 1863-3-67. Voir encore Crim., 22 nov. 1934, G.P. 1931-2-874.

(34) Trib. Corr. Saint-Dié, 22 oct. 1931, G.P. 1931-2-874.

dans laquelle leur intérêt personnel est en jeu (35). Bien plus, il arrive parfois qu'aucun des membres d'une catégorie professionnelle n'ait été atteint dans un droit propre ; dénier alors aux groupements le pouvoir de soumettre au juge l'activité illicite qui a porté atteinte à l'intérêt collectif, serait consacrer l'impunité de l'auteur d'une telle activité, si le Ministère Public, de son côté, négligeait de poursuivre.

Mais d'autre part, un droit d'action trop large, reconnu aux groupements, n'est pas sans danger, car il peut s'exercer de façon regrettable, soit au détriment des individus qu'on prétendait défendre, soit au détriment de l'ordre public qui peut être troublé par la substitution de l'action collective à l'action d'individus, qui ne sont pas toujours tous compris dans le groupement, ou qui ont d'autres représentants mieux désignés par des règles d'organisation supérieure (36).

Le droit positif français admet la recevabilité des actions dans un intérêt général. Il attribue à certains groupements le pouvoir d'assurer la satisfaction de cet intérêt.

§ 1er. — *Détermination des organes compétents.*

199. *Distinction des syndicats et des associations ordinaires.* — Le pouvoir d'action est attribué aux syndicats et aux ordres professionnels. Il est, au contraire, refusé aux associations ordinaires.

A. — POUVOIR D'ACTION DES SYNDICATS ET DES ORDRES PROFESSIONNELS

1° *Les syndicats.*

200. *Evolution historique.* — Autrefois, la jurisprudence n'admettait pas la distinction du préjudice causé à la profession d'avec la somme des préjudices individuels, donnant naissance à des actions individuelles.

Suivant une formule précisant pour elle les conditions de l'action civile, la Chambre Criminelle de la Cour de Cassation exigeait un intérêt direct et un droit actuel, et n'ouvrait pas, en conséquence, l'action au syndicat, en cas d'agissements professionnels illicites d'un membre de la profession ou de tiers étrangers à celle-ci. Le discrédit jeté sur la profession, l'accaparement de la clientèle, l'avilissement des prix, etc., n'étaient pas des préjudices directs. Pour que l'action syndicale fut ouverte, la jurisprudence exigeait qu'une action individuelle d'un ou plusieurs membres soit possible et que ceux-ci aient été lésés en

(35) Morel, Traité élém. proc. civ., n° 32, p. 35.
(36) Japiot, Traité élém. de proc. civ. et comm., n° 67, p. 58.

tant que membres du groupement, de sorte que l'on ne reconnaissait aux syndicats que le droit d'agir pour la défense de leur patrimoine propre (37).

Mais, aujourd'hui, on admet très généralement que les syndicats ont le droit d'agir en justice pour la réparation du préjudice collectif, qui n'est pas strictement celui de la personne morale, mais qui est précisément, le préjudice causé à la profession dans son ensemble, préjudice atteignant l'intérêt corporatif des membres du syndicat (38).

201. *Droit positif.* — La jurisprudence d'abord est entrée dans cette voie par un important arrêt de la Cour de Cassation du 5 avril 1913 (39).

La Cour de Cassation affirme que le préjudice collectif n'est pas la simple somme des préjudices subis individuellement par les syndiqués. En même temps qu'il lèse certains intérêts particuliers, l'acte illicite lèse les intérêts généraux de la profession. Comme le syndicat représente la profession, il a certainement qualité pour agir.

Ainsi, pour la Cour de Cassation, lorsque le syndicat agit en justice contre une personne qui porte atteinte aux intérêts de la profession, il n'agit pas en son nom, comme il pourrait le faire s'il était atteint dans ses biens ou sa considération ; il n'agit pas même au nom de ses membres, mais comme représentant de la profession lésée. Par une telle fiction, la Cour de Cassation échappe au reproche de violation de la règle d'un droit personnel comme condition de l'action. Nous verrons plus loin, combien cette analyse de la nature du pouvoir du syndicat est artificielle (40).

Le législateur, de son côté, s'est approprié cette thèse dans la loi du 12 mars 1920 sur l'extension de la capacité civile des syndicats professionnels.

Avant celle-ci, plusieurs lois successives avaient consacré le droit d'action dans des cas particuliers : loi du 30 novembre 1892 sur les syndicats de médecins, leur permettant de poursuivre les personnes qui exercent illégalement la médecine ; loi du 28 février 1907 sur les syndicats de vignerons, en matière de poursuite pour fraude et falsification en matière de vin.

(37) Cf. les références données au Traité pratique de droit civil français de Planiol et Ripert, t. 6. Les obligations, par Esmein, p. 228, note 2.

(38) Cf. Rennes, 28 mai 1946, D. 1946-J-408, Rev. trim. de dr. civ., 1947, p. 79, obs. Vizioz.

(39) Chambres réunies, 5 avril 1913, rapport Falcimaigne, D. 1914-1-65, S. 1920-1-49, note Mestre ; Voir encore Civ., 28 nov. 1916 et 5 nov. 1918, S. 1920-1-49, note Mestre précitée ; Réq. 12 juil. 1927, G.P. 1927-2-667.

(40) Cf. infra, nos 207 et suivants.

La loi du 12 mars 1920 édicte une règle générale insérée au Code du Travail, livre III, article 11 : « les syndicats, décide la loi, peuvent, devant toutes les juridictions, exercer tous les droits réservés à la partie civile, relativement aux faits portant un préjudice direct ou indirect *à l'intérêt collectif de la profession qu'ils représentent* » (41).

Seuls, les syndicats de fonctionnaires n'entraient pas dans le champ d'application de la loi du 12 mars 1920. Ils n'avaient pas d'existence licite et ne pouvaient donc pas ester en justice, en raison de leur défaut de personnalité morale (42). Mais la disposition de la loi du 12 mars 1920 leur a été étendue par la loi du 17 octobre 1946, article 6.

2° *Les Ordres professionnels.*

202. *Qualité des Ordres professionnels.* — Lorsque la corporation est organisée par la loi, c'est alors la corporation elle-même qui a mission de représenter la profession. La corporation organisée exerce les mêmes actions qu'un syndicat, dans les cas où l'intérêt de la profession est en jeu.

203. *Exemple.* — Ainsi, les intérêts collectifs de l'Ordre des Avocats et, notamment, sa protection contre une concurrence illicite, sont au mains de l'Ordre lui-même, représenté par le bâtonnier (43).

Il en va de même pour l'Ordre des Médecins, organisé par la loi du 7 octobre 1940 et l'ordonnance du 24 septembre 1945. Ainsi, l'article 17, alinéa 2, de la loi du 7 octobre 1940 ayant dissous les syndicats de médecins d'un même département, l'intervention de l'Ordre des Médecins, comme continuateur légitime du syndicat dissous, qui avait interjeté appel incident d'une décision antérieure d'un tribunal civil, a été déclarée recevable dans une action en réparation exercée contre des individus dont les manœuvres pouvaient constituer le délit d'exercice illégal de la médecine (43). De même les Chambres régionales d'huissiers, organisées par l'article 7 de l'ordonnance du 2 novembre 1945, sont en droit d'intervenir dans un litige qui touche leurs droits et intérêts communs (45).

(41) Voir sur l'application de cette disposition : Crim., 14 mars 1924, G.P. 1924-1-762; Réq., 24 oct. 1928, S. 1929-1-19; Civ., 28 mai 1930, G.P. 1930-2-159; Angers, 13 mai 1929, D.H. 1929, p. 370.

(42) Crim., 6 fév. 1932, D.H. 1933, p. 165.

(43) Voir notamment Aix, 7 mai 1928, S. 1928-2-272 ; G.P. 1928-1-817, et sur pourvoi req., 28 juil. 1929, D. 1929-1-141, note Appleton, S. 1930-1-265 ; voir encore Civ., 19 janv. 1942, G.P. 1942-1-132, D.C. 1942-1-61.

(44) Paris, 22 avr. 1941, G.P. 1941-1-437.

(45) Lyon, 12 mars 1951, J.C.P. 1951-II-6298, note G.M., D. 1951-J-257.

Ce serait encore la Compagnie des Commissaires Priseurs qui poursuivrait également toute atteinte aux privilèges de sa corporation (46).

B. — DEFAUT DE POUVOIR DES ASSOCIATIONS ORDINAIRES

204. *Irrecevabilité des actions associationnelles.* — A l'égard des associations, la jurisprudence s'est montrée beaucoup moins libérale que pour les syndicats.

Sans doute, dans certains cas, le législateur a attribué, à des associations déterminées, des prérogatives analogues à celles qui ont été reconnues, d'une façon générale, aux syndicats par la loi du 12 mars 1920.

Certaines associations professionnelles à caractère quasi-syndical, se sont vu reconnaître le pouvoir d'obtenir la réparation du préjudice causé à la profession par la violation des textes relatifs à la rémunération du travail à domicile (Code du Travail, livre I^er^, article 33 k). D'autre part, les associations, ayant au moins six mois d'existence, sont assimilées aux syndicats, pour la défense des appellations d'origine (loi du 6 mai 1919, articles I^er^ et 9).

Par ailleurs, les associations, poursuivant un but d'intérêt général, se sont vues attribuer le pouvoir de seconder l'action du Ministère Public, pour la poursuite des infractions qui portent atteinte au but qu'elles poursuivent (Loi du 9 novembre 1915, article 14 et décret-loi du 29 juillet 1939, article 136, sur les associations anti-alcooliques ; décret-loi du 29 juillet 1939, article 125, alinéa 3, sur les associations de défense de la moralité publique ; loi du 28 juin 1941, sur les sociétés départementales de chasseurs ; ordonnance du 3 mars 1945, article 6, modifiée par la loi du 25 février 1948, article 4, sur les Unions départementales d'Associations familiales).

Mais, hormis ces exceptions, la jurisprudence n'admet pas qu'une association puisse agir en justice pour la sauvegarde de la catégorie sociale parmi laquelle ses membres sont recrutés. En effet, la Cour de Cassation, dans un arrêt des Chambres Réunies du 15 juin 1923, décide qu'à la différence des syndicats professionnels, une association ne peut prétendre représenter, de plein droit, les intérêts de la profession de ceux qui en font partie. (49).

(46) Voir par exemple Trib. Seine, 2 fév. 1931, G.P. 1931-1-470.

(49) Cass., Chambres Réunies, 15 juin 1923, D.P. 1924-1-153, Conclusions Mérillon, note Rolland, S. 1924-1-49; Rapport Boulloche, note Chavegrin ; voir encore Crim., 22 nov. 1934, D.P. 1936-1-27, note Nast ; Savatier, Traité de la Responsabilité Civile, t. 2, n° 571.

Depuis lors, la Cour de Cassation exige sans cesse, pour accueillir la recevabilité des actions associationnelles, l'atteinte à un droit personnel, qu'il s'agisse d'associations de fonctionnaires (50), d'associations de chasseurs ou de pêcheurs (51), d'associations ayant pour objet la défense de la moralité publique (52), d'associations de locataires (53), d'associations d'agents de police (54), d'associations de prêtres (55), d'associations de contribuables (56), d'associations de consommateurs (57), de la S.A.C.E.M., qui n'est pas autre chose qu'une véritable association d'artistes (58), ou encore d'associations de résistants (59).

On (60) a tenté de justifier l'irrecevabilité de l'action des associations pour poursuivre la réparation de dommages qui ne les atteignent pas personnellement, par le fait que des lois spéciales ont paru nécessaires, pour reconnaître, à certaines associations, le droit d'agir dans un intérêt collectif qui dépasse strictement celui de la personne morale. Les membres d'une même profession trouveraient cependant, à se grouper en asso-

(50) Voir antérieurement civ., 4 mars 1913, D.P. 1913-1-321, conclusions Sarrut, note Louis Rolland, Pour une association d'instituteurs publics ; Chambres réunies, 15 juin 1923, précité : ces décisions estiment que la protection des intérêts généraux de la fonction et de l'administration entrent dans les attributions exclusives de l'Etat.

(51) Crim., 13 avril 1923, G.P. 1923-2-622, D. 1924-1-176 ; Crim., 13 janv. 1924, D.P. 1924-1-176 ; Crim., 3 janv. 1925, D.H. 1925-100 ; Crim., 27 janv. 1927, G.P. 1927-1-560; Lyon, 24 mars 1924, G.P. 1924-2-328 ; Trib. Cor. Bourg, 29 mars 1933, G.P. 1933-2-23.

(52) Voir autrefois Crim., 18 oct. 1913, S. 1920-1-321, note Hugueney ; voir encore Crim., 20 fév. 1937, G.P. 1937-1-948, S. 1938-1-279.

(53) Nîmes, 13 fév. 1930, G.P. 1930-1-759, D. 1931-2-18, S. 1931-2-77.

(54) Montpellier, 27 mai 1931, G.P. 1931-2-428.

(55) Trib. Civ. Laval, 24 juin 1933, Gaz. Trib. 5 avril 1934, Les syndicats ecicésiastiques, à la différence des associations, peuvent poursuivre civilement ceux qui propagent contre le clergé en général des imputations déshonorantes (Civ. 13 juin 1939, G.P. 39-2-284, obs. Savatier à la R.T.D.C. 1940-41, p. 69). Seule avait été mise en doute par certains arrêts (voir Crim. 22 nov. 1934, S. 1936-1-209, rapport Bompart, note Tortat, et Nancy, 16 avr. 1935, S. 1936-2-138) le point de savoir si cette poursuite pouvait s'exercer devant le tribunal correctionnel, les conditions du délit de diffamation étant discutables (Savatier, Traité de la responsabilité civile, t. 2, n° 565).

(56) Trib. cor., 27 avr. 1947, G.P. 1947-2-42.

(57) Montpellier, 28 juillet 1948, G.P. 1948-2-121.

(58) Cass. civ., 20 déc. 1949, Bull. Cass. civ. 1949-1, n° 365.

(59) Paris, 6 fév. 1952, D. 1952-J-693 ; Trib. Cor. Seine, 20 juil. 1953, Rev. trim. de dr. civ. 1954, p. 102 ; Crim., 11 fév. 1954, J.C.P. 1954-II-7994.

(60) H. et L. Mazeaud, Traité de la responsabilité civile, 4me éd., t. 2, n° 1891 ; Savatier, Traité de la responsabilité civile, t. 2, n° 570.

ciations, un avantage étranger au syndicat : celui de réunir les poursuites en indemnités que chacun eût pu exercer individuellement (61).

Mais cette distinction entre l'association et le syndicat a été vivement critiquée. On a fait remarquer que l'article 1er de la loi du 1er juillet 1901 semble inviter à admettre qu'il est inexact de cantonner l'action des associations dans le domaine des intérêts privés. Il est certain que définir l'association comme « la convention par laquelle deux ou plusieurs personnes mettent en commun, d'une façon permanente, leur connaissance et leur activité dans *un but autre que celui de partager les bénéfices,* c'est admettre que celle-ci peut poursuivre, non seulement un but d'intérêt privé, mais une fin d'ordre général, partiellement ou totalement désintéressée, notamment la défense d'une profession, qu'aucun article de la loi du 1er juillet 1901 n'interdit aux associations (62).

D'autre part, on a fait observer que l'arrêt des Chambres Réunies du 15 juin 1923 constitue un argument assez fragile, car, rendu sur l'action d'une association de fonctionnaires, il repose sur un monopole étatique de la défense de la fonction publique qui semble aujourd'hui périmé, en présence du développement du syndicalisme des fonctionnaires (63).

Aussi ne faut-il pas s'étonner que la jurisprudence récente soit quelque peu revenue sur la solution de l'arrêt du 15 juin 1923.

205. *Tendances de la jurisprudence récente.* — Si la Chambre Criminelle de la Cour de Cassation se montre toujours hostile aux actions associationnelles (64), la jurisprudence, dans l'ensemble, tend à effacer, de plus en plus, la différence entre l'association et le syndicat.

Un arrêt ancien de la Cour de Cassation avait déjà paru incliner dans ce sens, en déclarant recevable l'intervention dans une instance introduite par un de ses membres, d'une association de consommateurs, qui justifiait d'un préjudice commun à tous les consommateurs (65).

(61) Paris, 17 déc. 1932, G.P. 1933-1-290 ; Savatier, Traité de la responsabilité civile, t. 2, n° 571.

(62) Cass., chambres réunies, 15 juin 1923, D.P. 1924-1-153, note Rolland ; Cuche, Revue critique de législation et de jurisprudence, 1937, p. 229 et suivantes.

(63) Rev. trim. de dr. civ., 1954, p. 344, obs. Hébraud ; Cf. encore, note Lalou, D. 1953-J-201, 2me colonne.

(64) Voir récemment encore, Cass. Crim., 11 fév. 1954, J.C.P. 1954-II-7994

(65) Civ., 25 nov. 1929, G.P. 1930-1-24, S. 1933-1-28, sur pourvoi contre Poitiers, 28 déc. 1925, S. 1926-2-65, note Esmein ; dans le même sens, Montpellier, 16 nov. 1932, G.P. 1933-1-191.

Certaines Cour d'Appel ont, de leur côté, admis l'intervention, à titre de partie civile, d'associations de chasseurs (66) et de pisciculteurs (67), lorsque ces associations ont fait des dépenses en vue du repeuplement, s'il apparaît, en fait, que c'est le gibier ou le poisson provenant de leur apport qui a été pris en violation des lois.

Certaines juridictions ont aussi admis l'intervention d'associations de résistants alors qu'il paraissait difficile d'établir l'existence d'un préjudice personnel et direct, soit en affirmant sans démonstration l'existence d'un intérêt direct à la répression du délit faisant l'objet de la poursuite (68), soit même en admettant que l'auteur d'un délit, qui avait présenté les résistants d'une façon absolument générale comme « des criminels et très basses fripouilles », avait, par cela même, causé incontestablement un préjudice moral à l'association (69).

Un tribunal (70) a même admis, d'une manière très générale, que des associations de résistants sont fondées à réclamer réparation du préjudice direct et personnel qu'elles subissent, quand une atteinte est portée aux principes pour la protection desquels ses membres les ont constituées et qu'elles ont mission de défendre. L'affirmation de l'existence d'un préjudice direct et personnel devient alors une pure affirmation de principe, sans qu'il soit possible d'en démontrer vraiment l'existence. C'est sans doute pourquoi la Chambre criminelle de la Cour de Cassation a, le 11 février 1954, cassé l'arrêt de la Cour de Paris du 19 mars 1952, sous le prétexte que celui-ci n'avait pas démontré comment s'était réalisé, directement et personnellement, le préjudice dont l'association réclamait réparation.

Le Tribunal de St-Mihiel (71) a admis la constitution de partie civile d'une union de syndicats, régulièrement constituée (72) qui faisait partie d'un Comité de Défense de la Laïcité, groupement sans personnalité juridique, dans une affaire de lacération d'une pétition organisée, par ce Comité, pour demander la réparation du préjudice subi par celle-ci, alors même que ce préjudice n'était qu'une fraction du préjudice social.

(66) Lyon, 24 mai 1923, G.P. 1923-2-234 ; rapprocher Riom, 7 juillet 1950, D. 1950-J-730.

(67) Limoges, 29 août 1953, G.P. 1953-2-56, et Pau, 17 mars 1953, G.P. 1953-2-57, en sous note.

(68) Paris, 19 mars 1952, D. 1952-J-694.

(69) Lyon, 2 nov. 1951, D. 1952-J-696.

(70) Trib. civ. Nantes, 23 oct. 1953, J.C.P. 1954-II-7993, note Esmein.

(71) Cass., 24 déc. 1952, D. 1953-J-88.

(72) L'union de syndicats n'agissait pas en vertu des pouvoirs attribués, par la loi du 12 mars 1920, aux syndicats pour la défense des intérêts professionnels. Il s'agissait ici d'une matière étrangère à la profession. Cette union de syndicats agissait donc comme un simple particulier.

Un arrêt a encore affirmé la recevabilité de l'intervention d'une association d'écrivains et critiques de la danse et d'une Union de la « Critique Française », groupements qui n'apparaissent pas comme des syndicats régis par le livre III du Code du Travail, mais comme des associations régies par la loi du 1er juillet 1901, dans un litige où se trouvaient en jeu, au premier chef, les droits et prérogatives de la critique et qui pouvait avoir, sur l'exercice de la profession dont ces groupements défendent les intérêts, une répercussion sensible, alors que l'intervention d'un syndicat aurait pu, tout aussi bien, être acceptée (73).

Le Conseil d'État, de son côté, semble avoir eu de l'action des associations une conception plus large que la jurisprudence dominante des tribunaux judiciaires. Il a, par exemple, déclaré recevable l'intervention d'une association de propriétaires intéressée au maintien d'un décret faisant rentrer une commune dans le droit commun en matière de loyers en vertu de l'article 1er de la loi de 1926, aujourd'hui périmée. Il s'agissait en fait, ici, de l'intérêt de l'ensemble des propriétaires de la commune, et pas seulement de ceux d'entre eux, qui étaient membres de cette association.

Ainsi s'efface, peu à peu, la distinction nettement tranchée que l'on avait tout d'abord établie entre le syndicat et l'association. Souvent maintenant, la jurisprudence admet la recevabilité d'actions exercées par de simples associations, qui ne tendent pas à la réparation du préjudice strictement subi par ces groupements, mais visent la réparation de celui qui atteint l'ensemble d'une profession ou d'une catégorie sociale.

Une différence de degré subsiste cependant. Tandis que le syndicat peut obtenir la réparation de l'intégralité du préjudice causé à la profession, l'association, elle, obtient une indemnité mesurée à la part de la catégorie sociale, où se recrute ses membres, qu'elle est susceptible de représenter.

Encore faut-il remarquer que, parfois, il ne semble pas que les juges aient voulu limiter la réparation du préjudice à la part de la collectivité représentée (74). Et puis, lorsque plusieurs syndicats concurrents, représentant la même profession, interviennent dans un litige relatif aux intérêts généraux de la profession, ils ne peuvent obtenir que la réparation d'une fraction du préjudice social, par application des principes généraux de la responsabilité civile en vertu desquels le préjudice ne peut être réparé qu'une seule fois (75), de sorte que, tout

(73) Paris, 6 janv. 1953, D. 1953-J-198, note Lalou.

(74) Paris, 6 janv. 1953, précité.

(75) Crim., 21 nov. 1913, D. 1914-1-297, note Nast ; Pau, 24 nov. 1930, G.P. 1930-1-588.

comme l'association, ils ne peuvent alors plus prétendre, en fait, représenter la profession dans son ensemble.

§ 2. — *Nature fonctionnelle du pouvoir d'action des groupements dans un intérêt général.*

A. — L'ANALYSE CLASSIQUE DU DROIT D'ACTION DES SYNDICATS

1° *Exposé de l'analyse classique.*

206. *Représentation de la profession par le syndicat.* — Dans l'analyse classique de l'action des syndicats dans un intérêt professionnel, on justifie cette action par l'application de la règle « pas d'intérêt, pas d'action ».

Pour la Cour de Cassation (76), en effet, il existe un intérêt corporatif, distinct des intérêts individuels des membres du groupement. En même temps qu'il lèse certains intérêts particuliers, l'acte illicite lèse les intérêts généraux de la profession. Or, la profession est personnellement personnifiée par le syndicat qui est son légitime représentant, de sorte qu'ayant intérêt pour agir, il a par cela même qualité.

Ainsi, lorsqu'il agit en justice contre une personne qui porte atteinte aux intérêts de la profession, le syndicat n'agit pas en son nom propre, comme il pourrait le faire s'il était atteint dans son patrimoine personnel. Il n'agit pas, non plus, comme représentant des membres qu'il groupe : en effet, les dommages-intérêts prononcés grossissent le patrimoine du syndicat, et non celui des membres individuellement lésés (77) ; l'article 9, livre III du Code du Travail, s'oppose précisément à ce que le syndicat répartisse, entre ses adhérents, l'indemnité obtenue (78).

Mais il agit véritablement comme représentant de la profession lésée ; il possède bien alors l'intérêt et la qualité requise comme condition de l'action. Il est intéressé, tout d'abord, chaque fois que l'intérêt de la profession se trouve atteint. Sa qualité ne saurait, non plus, faire de doute, puisqu'elle s'analyse alors dans la possibilité d'être titulaire du droit à la réparation (ou à la nullité au cas de recours pour excès de pouvoir), si celui-ci est reconnu par les juges.

Le syndicat serait même le seul titulaire possible de ce droit

(76) Cass., Chambres Réunies, 5 avr. 1913, précité ; loi du 12 mars 1920.

(77) Voir Savatier, Traité de la responsabilité civile, t. 2, n° 568.

(78) Si donc l'acte illicite a causé un dommage personnel à certains membres de la profession, ceux-ci doivent agir eux-mêmes, soit individuellement, soit en se groupant en une association déclarée : Paris, 17 déc. 1932, G.P. 1933-1-290.

puisque, à la différence de celui-ci, l'association ne représenterait pas de plein droit la profession (79).

2° *Critique de l'analyse classique.*

207. *Insuffisances de l'analyse classique.* — La jurisprudence a analysé, dans un cas de représentation, la nature du pouvoir d'action des syndicats, parce qu'elle était dominée par le double souci d'admettre la recevabilité des actions syndicales, et de justifier, en même temps, cette attitude par une notion communément admise, comme celle de représentation. Mais on ne peut se dissimuler qu'il y a là une fiction très éloignée de la réalité.

Cette analyse se heurte à deux objections décisives.

Il est d'abord certain qu'on ne peut représenter qu'une personne juridique. Or, la profession ne constitue pas un groupement doté de la personnalité morale. Du même coup, il devient impossible de dire que le syndicat représente la profession.

D'autre part, il ne pourrait y avoir représentation que dans la mesure où le syndicat représenterait tous les membres de la profession et où il n'y aurait qu'un syndicat par profession.

Or, il est certain que le syndicat ne groupe pas le plus souvent tous les professionnels. Par ailleurs, il arrive que plusieurs syndicats agissent pour le compte de la même profession ; le syndicat peut aussi entrer en concours avec un Ordre professionnel. Comment alors dire que ces groupements représentent la profession, alors surtout qu'ils peuvent être en désaccord sur la solution à donner au litige ? (80).

Reprenons chacun de ces points.

(79) Cass. Chambres Réunies, 15 juin 1923, D.P. 1924-1-153.

(80) Sans doute cet aspect de la difficulté avait-il disparu sous la législation du gouvernement de Vichy. En effet, l'acte dit loi du 4 octobre 1941 relatif à l'organisation sociale des professions, avait prononcé la dissolution des anciens syndicats et groupements professionnels de toute nature. Cependant, les syndicats et groupements existant à la date de la publication de cet acte devaient continuer à exercer leur activité jusqu'à ce qu'il soit statué par décret sur leur dissolution ou leur intégration dans la nouvelle organisation professionnelle. Toutefois, aux termes de l'art. 72 de la loi du 4 octobre 1941, pendant cette période, leur capacité était limitée aux actes de simple administration (sur la notion d'acte d'administration : Cf. Trib. Civ. Seine, 22 avr. 1944, Gaz. Trib. 29 juil. 1944, qui a considéré comme un acte de simple administration une instance ayant pour but de sauvegarder et faire respecter une convention collective. En sens contraire, Trib. Paix Paris, 26 juin 1942, Journal La Loi, 21 août 1942). La profession était représentée par un organe corporatif unique. Ceux des organes professionnels qui, comme l'Ordre des Médecins (loi du 7 oct. 1940) ont été mis sur pied, ont recueilli dans leur patrimoine les actions commencées antérieurement à la dissolution du syndicat (Paris, 22 avr. 1941, G.P. 1941-1-437). Il ne semble pas, au contraire, que les Comités d'organisation professionnelle (V. Vincent, Les Comités d'organisation et la défense des intérêts profes-

208. a) *Le syndicat ne groupe pas nécessairement tous les professionnels.* — Bien qu'il ne groupe pas tous les professionnels, la jurisprudence admet que le syndicat, qui agit seul, peut réclamer la réparation du préjudice éprouvé, collectivement, par la profession entière.

Il importe peu que le syndicat ne réunisse qu'une partie des membres de la profession (81). Le syndicat peut même défendre des intérêts professionnels, bien que ceux-ci n'intéressent pas tous ses membres (82).

209. b) *Actions concurrentes de plusieurs syndicats.* — Qu'en est-il si plusieurs syndicats prétendent représenter la même profession ? Peuvent-ils agir concurremment, et comment, dans l'affirmative, se répartira l'indemnité accordée ?

On pourrait songer à échapper à la contradiction dans laquelle on s'enferme, lorsqu'on tient le syndicat pour le représentant de la profession, en admettant seulement l'action de l'organisation syndicale la plus représentative, notion largement utilisée pour la mise en place des comités d'entreprise et la désignation de représentants du personnel (83). Mais ce serait méconnaître la légalité du pluralisme syndical (84). Le principe de la liberté syndicale expose inévitablement à la coexistence d'actions multiples qui peuvent se cumuler (85).

La jurisprudence admet que, lorsque les membres d'une profession sont groupés en plusieurs syndicats, chacun d'eux

sionnels, J.C.P. 1943-1-356) aient eu qualité pour représenter, en principe, la profession dans la réparation des dommages subis par elle. L'attribution à ces organismes de la personnalité morale, leur conférait seulement la capacité de poursuivre, en justice, les responsabilités résultant des actes ayant nui à l'exercice de leurs fonctions. (Trib. Seine, 9 juin 1942, J.C.P. 1943-II-2356, Droit social, 1942, p. 241, note Durand ; 17 juin 1942, D.A. 1942-2-136. Voir encore en ce sens Savatier, Traité de la responsabilité civile, t. 2, n° 573 bis ; Contra Limoges, 27 juin 1942, J.C.P. 1942-II-2536, Droit Social, 1943, p. 129.) Il est vrai encore que l'on ne peut pas mettre en doute que les ordres professionnels aient le caractère de représentants de la profession. Ces organismes corporatifs groupent obligatoirement tous les professionnels, de sorte que la personnification de l'intérêt collectif par l'intérêt personnel du groupement n'apparaît plus comme une fiction, mais comme la réalité même.

(81) Besançon, 26 fév. 1930, D.H. 1930-219, G.P. 1930-1-800, S. 1930-2-77.

(82) Req., 12 juil. 1927, D.H. 1927-430, G.P. 1927-2-667 ; Civ. 16 fév. 1937, G.P. 1937-1-801 ; voir encore Besançon, 26 fév. 1930, précité.

(83) Sur le critérium à adopter pour déterminer quelles sont les organisations syndicales les plus représentatives, Cf., C.E., 4 fév. 1950 (3 arrêts), S. 1950-3-37, avec les conclusions du Commissaire du Gouvernement Barbet.

(84) Rev. trim. de dr. civ., 1947, p. 80, obs. Vizioz.

(85) Planiol et Ripert, Traité pratique de droit civil français, t. 6, Les obligations, par Esmein, p. 932, note 7.

peut se faire indemniser (86). Les interventions de plusieurs syndicats de dentistes, l'un national, les autres régionaux, ont, par exemple, été déclarées recevables au cours d'une poursuite pour exercice illégal de l'art dentaire (87). Les tribunaux répartissent alors l'indemnité entre les syndicats demandeurs à la mesure dans laquelle chaque syndicat représente les intérêts généraux de la profession (88). Un auteur (89) a pensé calculer la part de représentation de ces intérêts professionnels d'après le nombre des membres du syndicat, estimant que ce serait la solution implicitement admise par l'article 36 t, livre I du Code du Travail, modifié par la loi du 11 février 1950, pour le cas de violation d'une convention collective de travail.

210. c) *Actions concurrentes du syndicat et de l'Ordre professionnel.* — Un syndicat peut se trouver encore en conflit, non avec un autre syndicat, mais avec un Ordre professionnel. Ce conflit apparaît comme particulièrement délicat à résoudre (90).

Si l'on accueille, concurremment, la constitution de partie civile de l'ordre et du syndicat devant la juridiction répressive, on contraint l'auteur du dommage à réparer deux fois le même préjudice : on viole ainsi la règle « bis non idem repetitur ».

En effet, si le syndicat, en vertu du principe de la liberté syndicale, ne groupe pas nécessairement tous les membres d'une même profession, l'Ordre, véritable corporation, réunit au contraire, de manière obligatoire, tous les praticiens. De sorte qu'il ne peut être ici question, à l'inverse de ce que fait la jurisprudence au cas de concurrence d'actions syndicales, de doser l'indemnité en proportion de l'importance numérique respective de l'un et de l'autre groupement.

Une partie de la doctrine et quelques décisions ont alors cherché à échapper à cette violation inéluctable de la règle que la réparation du préjudice causé doit être mesurée à l'importance exacte du dommage.

Certains auteurs (91), d'une manière générale, réservent les actions dans l'intérêt de la profession à l'Ordre de préférence au syndicat. Considérant le pouvoir d'exercice des actions collectives comme une prérogative fonctionnelle accordée à certains groupements, ils sont conduits à instituer une hiérarchie entre les organes représentatifs de la profession, l'Ordre ex-

(86) Crim., 21 nov. 1913, D. 1914-1-297, note Nast ; Pau, 24 nov. 1930, G.P. 1930-1-588.

(87) Pau, 24 nov. 1930, G.P. 1930-1-588.

(88) Pau, 24 nov. 1930, G.P. 1930-1-588.

(89) Savatier, Traité de la responsabilité civile, t. 2, n° 566.

(90) Rouast et Durand, Précis de droit du travail, n. 144.

(91) J. Savatier, La profession libérale, thèse Poitiers, 1947, p. 100 et suivantes ; R. Savatier, Traité de la responsabilité civile, t. 2, n° 368.

cluant le syndicat. De sorte que, selon eux, lorsque la loi en vient à organiser officiellement une profession, elle dérogerait, par là même, au principe qui faisait du syndicat le représentant légal des intérêts de celle-ci. Les syndicats de médecins auraient ainsi été dépossédés des prérogatives que le droit commun ne suffirait pas à justifier. Toutes les actions syndicales seraient exclusivement exercées par la corporation organisée (92).

D'autres auteurs réservent, à l'Ordre professionnel, les actions collectives, non d'une manière générale, mais sur le fondement des textes particuliers à certaines professions. Il en serait ainsi pour l'Ordre des experts-comptables (93), et pour l'Ordre des médecins, pour tout ce qui concerne l'honneur de la profession que l'Ordre est chargé de défendre (94).

Certaines décisions, de leur côté, remédient aux difficultés issues de l'impossibilité du cumul de réparations, non en excluant l'action du syndicat, mais en assignant un rôle différent à l'Ordre et au syndicat. Elles opèrent une véritable répartition de « compétence » entre ces deux organismes. Ainsi, pour deux décisions (95), l'Ordre, ayant pour mission de veiller à l'organisation intérieure de la profession, peut agir contre ses membres qui n'en respectent pas les règles, tandis que le syndicat, qui se propose de défendre les intérêts généraux de la profession, agit contre les tiers qui, sans être munis de diplômes requis, exercent la profession et commettent ainsi des actes de concurrence déloyale.

L'annotateur de ces deux arrêts a proposé une répartition différente des compétences. Pour cet auteur, l'Ordre aurait des attributions plus restreintes que le syndicat. Il devrait cantonner ses prétentions à la réparation du dommage moral, de sorte que le danger de cumul de réparations serait limité à la réparation du préjudice moral, lorsque, dans une instance où l'Ordre et le syndicat agissent concurremment, ce dernier réclame, non seulement la réparation du préjudice matériel, mais aussi celle du préjudice moral, ce qu'aucun texte ne lui interdit de faire (96).

Une décision de tribunal (97) a encore opéré une répartition différente. Dans une poursuite dirigée contre un acupuncteur, il a été accordé un franc de dommages-intérêts à la fois au

(92) R. Savatier, op. cit., loc. cit. ; J. Savatier, op. cit., loc. cit.

(93) Solus, Droit social, 1946, p. 395.

(94) J. Doublet, Droit social, 1945, p. 333.

(95) Douai, 13 fév. 1952, et 18 juin 1952, J.C.P. 1953-II-482, note Pierron.

(96) Pierron, note précitée au J.C.P. 1953-II-7482.

(97) Trib. cor. Seine, 25 nov. 1953, D. 1953-J-728.

Conseil départemental de l'Ordre des médecins et au syndicat des médecins acupuncteurs !

Cependant, il ne semble pas que la jurisprudence dominante admette l'un ou l'autre de cse systèmes. Elle accepte, en général, sur un pied d'égalité, l'action de l'Ordre (98) et du syndicat (99). Comme l'Ordre et le syndicat peuvent agir simultanément, c'est par une entente spontanée que le syndicat s'accoutume à demander la réparation du préjudice matériel et que l'Ordre limite ses prétentions au dommage moral ressenti par l'ensemble de la profession (101), échappant ainsi à la difficulté issue de la violation de la règle « bis non idem repetitur ».

Une partie de la doctrine, avec quelques scrupules sans doute, accepte aussi ce cumul d'actions (102).

Les raisons de cette admission de l'action concurrente de l'Ordre et du syndicat se trouvent dans l'analyse de la structure respective de chacun de ces organes de la profession. Le syndicat professionnel tient de la loi elle-même (article 11, livre Ier du Code du Travail) le pouvoir d'assurer la défense des intérêts moraux et matériels de la profession. Dès lors qu'il est régulièrement constitué, celui-ci se voit attribuer une compétence générale, à laquelle il ne peut être apporté aucune exception, même lorsqu'il existe un autre organe professionnel donnant l'apparence d'être mieux qualifié que le syndicat pour remplir cette mission. Un texte spécial pour la profession de médecin, l'ordonnance législative du 24 septembre 1945, article 11, reconnaît, d'ailleurs formellement, le bien fondé de l'intervention du syndicat, en qualité de partie civile, au même titre que celle du Conseil de l'Ordre, dans les poursuites pour exercice illégal de la médecine. Cet article, qui ne concerne que les médecins, a été déclaré applicable aux chirurgiens-dentistes et aux sages-femmes par les articles 47 et 55 de la même ordonnance.

Quant à l'Ordre, il constitue une véritable corporation groupant obligatoirement tous les membres de la profession réglementée. L'intérêt collectif de la profession se confond avec l'intérêt personnel de la corporation sans le secours d'aucune fic-

(98) Trib. Clamecy, 8 janv. 1952, G.P. 1952-1-183.

(99) Paris, 11 mars 1935, G.P. 1935-1-825 ; Trib. cor. Seine, 17 juin 1937, G.P. 1937-2-485 ; Douai, 15 juil. 1949, G.P. 1949-2-343. Voir encore plus récemment Trib. civ. Saint-Etienne, 18 mars 1953, G.P. 1953-1-325 : recevabilité de l'intervention d'un syndicat de médecins tendant à faire constater les initiatives illégales prises par un organisme de la Sécurité sociale, se traduisant par un détournement de clientèle.

(101) Trib. cor. Lille, 4 avr. 1950, G.P. 1950-2-17 ; Trib. cor. Orléans, 29 nov. 1950, J.C.P. 1951-2-6195, note Larguier ; Douai, 22 fév. 1951, G.P. 1951-1-268 en sous note.

(102) H. et L. Mazeaud, Traité de la responsabilité civile, t. 2, n° 1897, 2°.

tion. On ne peut alors refuser à l'Ordre le pouvoir d'intervenir, à titre de partie civile, dans tous les procès où la profession y trouve un avantage.

211. *Conclusion.* — Puisque le syndicat ne groupe parfois qu'un petit nombre de professionnels, puisque le cumul d'actions de syndicats concurrents est admis généralement par la jurisprudence et qu'au surplus le syndicat se trouve assez souvent en concurrence avec un ordre professionnel qui, mieux que lui, peut prétendre représenter la profession lésée, le concept de représentation est ici inutilisable.

Les auteurs se sont bien rendu compte de ce qu'avait ici de superficiel et de faux la notion de représentation à laquelle la jurisprudence a dû faire appel pour maintenir le caractère personnel de l'intérêt, et justifier ainsi la recevabilité des actions syndicales (103). Elle n'y a réussi qu'en déformant cette notion, en la dépouillant de son sens technique. La qualité du syndicat ne résulte donc pas de ce qu'il aurait un intérêt personnel à l'action (104).

B. — NATURE FONCTIONNELLE DU POUVOIR D'ACTION DES GROUPEMENTS DANS UN INTERET COLLECTIF

212. *Caractère fonctionnel des actions syndicales.* — Sans doute, il n'est pas douteux qu'il faille un intérêt pour que l'action syndicale soit recevable. Mais il s'agit d'un avantage actuel, poursuivi en justice pour le compte de la profession et non pour le syndicat personnellement. Il y a dissociation entre l'intérêt et la qualité. Si le groupement se voit attribuer définitivement le bénéfice de la condamnation prononcée par les juges, c'est que la profession, n'étant pas dotée, en tant que telle, de la personnalité morale, n'a pas la capacité de jouissance. Ce sont les organes de la profession qui possèdent cette capacité, à l'exclusion de celle-ci. Cette situation est comparable à celle du Ministère Public, organe de la société, qui poursuit la répression des infractions en vue des intérêts généraux de la société, et cependant, obtient à son profit, les condamnations pénales édictées par les juges. La comparaison pourrait paraître inexacte au premier abord, puisque c'est, non pas le Ministère Public, mais l'Administration qui assure l'exécution des peines et le Trésor qui encaisse le bénéfice des amendes. Ceci s'explique uniquement par la règle de la séparation des pouvoirs dans l'Etat moderne.

(103) Morel, Traité élém. de proc. civ., n° 32 ; Giverdon, La qualité, condition de recevabilité de l'action en justice, D. 1952, p. 85.

(104) Morel, Traité élém. de proc. civ., n° 32.

La vérité, c'est qu'un syndicat se comporte comme un agent public, qui agit dans l'intérêt du service public ou de la légalité. Le Ministère Public agit au nom de la société, en vertu d'une prérogative fonctionnelle qui lui est conférée par les règles d'organisation supérieure de l'Etat. De même, dans le cadre plus restreint de la profession, on reconnaît au syndicat la « compétence » nécessaire pour faire respecter la loi et sauvegarder les intérêts généraux des membres de la profession. Nous sommes ici dans le domaine du contentieux objectif (105).

Pour justifier l'action du syndicat, il faut partir du syndicat lui-même. Il s'agit de savoir s'il puise, dans les règles légales qui président à son organisation, la compétence nécessaire pour assumer la défense de la profession. Ceci n'est pas douteux pour les ordres professionnels, et ne l'est plus pour les syndicats professionnels depuis que des textes formels leur ont reconnu, dans les termes les plus larges, la qualité pour agir en justice. Mais on comprend les hésitations de la jurisprudence avant la loi du 12 mars 1920 (106).

213. *Part faite au subjectivisme dans les actions syndicales.* — Il ne faut cependant pas s'exagérer la portée du caractère objectif du contentieux professionnel. En définissant les actions syndicales comme des prérogatives fonctionnelles accordées à certains groupements, au cas de violation du droit de la profession, on est conduit à instituer une hiérarchie entre les organes représentatifs de la profession privée de tout droit d'action(107).

La jurisprudence semble, au contraire, conserver à l'action un caractère subjectif. Elle en reconnaît l'exercice à tout groupement qui, ayant un caractère professionnel, invoque un préjudice collectif.

C'est ainsi qu'elle admet la recevabilité des actions syndicales, alors qu'un Ordre professionnel pourrait prétendre au bénéfice exclusif de la représentation de la profession.

Elle admet même la recevabilité de l'action d'une association professionnelle de critiques d'art, là où les droits de la critique artistique auraient aussi bien pù être défendus par un syndicat de journalistes (108).

Ainsi, là où ils découvrent un préjudice, les tribunaux en assurent la réparation équitable, quel que soit l'organe qui réclame l'indemnité, pourvu que celui-ci présente un carac-

(105) En ce sens, Morel, Traité élém. de proc. civ., n° 32 ; Brulliard, Proc. civ., n° 32, p. 31 ; Rev. trim. de dr. civ., 1947, p. 80, obs. Vizioz ; Giverdon, La qualité, condition de recevabilité de l'action en justice, D. 1952, p. 85.

(106) Cuche et Vincent, Précis de proc. civ., n° 130 bis.

(107) R. Savatier, Traité de la responsabilité civile, t. 2, n°s 365, 368 et 370.

(108) Paris, 6 janv. 1953, D. 1953-J-198, note Lalou.

tère professionnel sérieux. C'est seulement au cas où il y a, en fait, pluralité d'actions, que les juges se préoccupent d'opérer une répartition équitable. Encore essayent-ils, le plus souvent, beaucoup moins d'opérer une répartition de compétences entre les demandeurs, qu'à répartir l'indemnité en proportion du préjudice réellement subi par chacun d'eux (109).

Cette tendance subjectiviste de la jurisprudence ébranle, d'ailleurs, assez fortement, les théories objectivistes de l'action en justice qui trouvaient, jusqu'ici, dans les actions syndicales des assises très solides (110).

SECTION III

L'action de la femme mariée dans l'« intérêt de la famille »

214. *Position de la question.* — Il est certain que la femme mariée a qualité pour agir en justice, relativement aux droits dont elle est titulaire. Ainsi, la femme a qualité, et seule qualité pour défendre à l'action concernant le droit de garde, qui lui a été conféré, sur ses enfants, par le juge : la demande dirigée contre elle est, par conséquent, recevable (111).

Si l'exercice, par la femme, des droits de famille à caractère extra-patrimonial, n'est soumise à aucune restriction, il n'en est pas de même pour les droits patrimoniaux. En effet, bien que la femme mariée ait recouvré sa pleine capacité civile depuis la loi du 18 février 1938, il existe, cependant, des restrictions imposées par la loi ou par le régime matrimonial. Ce sont là, non des questions de capacité, puisque la femme est certainement aujourd'hui, capable d'ester en justice, mais des questions de pouvoir qui s'expriment, en procédure, par la notion de qualité.

Mais la femme mariée aura-t-elle qualité pour agir en vue de la protection d'un intérêt autre que le sien propre ? C'est la question de la qualité attribuée à la femme, pour exercer les actions dans l'intérêt de la famille.

(109) Rev. trim. de dr. civ., 1953, p. 368, obs. Hébraud.

(110) Voir par exemple, Fourneau, Pour une conception objective de l'action en justice, n° 51, p. 58-59.

(111) Rev. trim. de dr. civ., 1940-41, p. 491 et 493, obs. Vizioz, sous Angers, 25 fév. 1941, G.P. 1941-1-272.

§ 1er. — *L'exercice des actions dans l'intérêt de la famille.*

A. — LE CODE CIVIL NE PRENAIT PAS EN CONSIDERATION L'INTERET DE LA FAMILLE

215. *La satisfaction des intérêts du mari.* — Dans le Code Civil, la question ne se posait pas. La condition de la femme mariée y était, en effet, régie par deux idées essentielles : la puissance maritale et l'incapacité de la femme mariée, auxquelles correspondaient, au profit du mari, certains pouvoirs corrélatifs, organisés en vue de la satisfaction de son intérêt personnel. Le Code Civil ne prenait en considération ni l'intérêt de la famille, ni même, de manière plus restreinte, l'intérêt du ménage.

216. *La puissance maritale.* — Ainsi, la puissance maritale se traduisait par une série de prérogatives à caractère discrétionnaire, attribuées exclusivement au mari. Le mari choisissait librement la résidence du ménage et pouvait la déplacer à son gré : la femme était tenue de le suivre partout (article 214 (112). Lorsque la femme désirait exercer une profession distincte de celle du mari, celui-ci pouvait librement refuser son autorisation (ancien article 4 du Code de Commerce pour les professions commerciales). Il avait encore un droit discrétionnaire de révoquer le mandat tacite, reconnu à la femme par la jurisprudence pour les besoins du ménage. Le mari pouvait aussi s'opposer au retrait par la femme des fonds qu'elle avait déposé dans les Caisses d'Epargne (loi du 20 juillet 1895, article 16, alinéa 4 et 5). Le mari contrôlait enfin les relations et la correspondance de sa femme.

Sans doute, la jurisprudence avait adouci le poids des prérogatives maritales par le contrôle des décisions du mari. Ainsi, elle admettait que la femme pouvait, sans manquer à ses devoirs, se refuser à suivre son mari dans une résidence qui compromettait gravement sa santé, sa sécurité ou sa dignité (113). Les tribunaux contrôlaient généralement le refus arbitraire du mari d'autoriser la femme à exercer une profession distincte (114). Ils avaient dû aussi sanctionner l'abus du droit d'opposition aux retraits de fonds déposés dans les Caisses d'épargne : ici, à la différence des autres prérogatives attachées à la puissance maritale, le contrôle par l'autorité de justice à

(112) Bordeaux, 3 janv. 1882, S. 1882-2-126 ; Civ., 2 mars 1925, D.H. 1926-282, S. 1926-1-214 ; Req., 30 mars 1938, G.P. 938-2-64.

(113) Req., 20 juin 1930, G.P. 1930-2-273.

(114) En ce sens, Paris, 3 janv. 1868, D. 1868-2-28, S. 1868-2-55 ; Trib. Seine, 16 mai 1891, S. 1894-2-56 ; Trib. Lyon, 5 mars 1908, D.P. 1908-2-33 ; Contra, Trib. Lyon, 16 janv. 1869, D.P. 1869-2-29.

la requête de la femme, avait été organisé par la loi du 20 juillet 1895, mais l'application par la jurisprudence de l'idée de mandat donné à la femme par le mari, affaiblissait singulièrement la puissance du contrôle, puisque la femme n'avait pas véritablement de droit propre. La jurisprudence sanctionnait aussi le contrôle abusif par le mari des relations de sa femme (115) et de sa correspondance.

217. *L'incapacité de la femme mariée.* — Mais il y avait là seulement une application de l'idée d'abus de droits (116). La femme, qui demandait au juge l'autorisation d'enfreindre les décisions du mari, agissait, non dans l'intérêt de la famille, mais dans son intérêt propre, tout au moins dans le principe.

De même, l'incapacité de la femme était un corollaire de la puissance maritale et impliquait donc une série de prérogatives accordées au mari dans son propre intérêt personnel. Sans doute, cette incapacité s'expliquait partiellement par l'idée de protection de la femme en raison du sexe. Il en résultait, notamment que celle-ci pouvait demander elle-même la nullité des actes faits sans autorisation maritale et que le tribunal devait suppléer l'autorisation lorsque le mari était dans l'impossibilité de manifester sa volonté.

Mais l'incapacité de la femme mariée était organisée au moins autant dans l'intérêt propre du mari, puisqu'il pouvait, de son côté, demander la nullité des actes passés par la femme, sans son autorisation.

Là encore, comme dans le domaine de la puissance maritale, les tribunaux opéraient le contrôle de l'abus de droits, la jurisprudence admettait que la femme pouvait recourir à l'autorité de justice, au cas de refus d'autorisation injustifiée par le mari. L'autorisation de justice, toute différente de celle que la femme pouvait obtenir lorsque le mari était hors d'état de manifester sa volonté, permettait de passer outre à la volonté du mari.

B. — LA RECONNAISSANCE ET LA PROTECTION DE L'INTERET DE LA FAMILLE DANS LE DROIT ACTUEL

218. *Le contrôle de l'intérêt de la famille.* — Les lois du 18 février 1938 et du 22 septembre 1942, en supprimant la puissance maritale et l'incapacité de la femme mariée, ont institué la qualité de chef de famille, attribuée normalement au mari. Désormais, aucune prérogative du mari n'est dicrétionnaire. Les

(115) Trib. civ. Seine, 13 janv. 1870, D.P. 1870-2-68 ; Paris, 13 juil. 1898, sous Req., 30 nov. 1898, D.P. 1899-1-358.

(116) Colin et Capitant, Traité de dr. civ., refondu par Julliot de la Morandière, t. 1, n° 670.

pouvoirs du chef de famille ont été organisés, non dans l'intérêt personnel du mari, mais dans l'intérêt de la famille, c'est-à-dire de cette petite société que constitue le ménage, le père et la mère, et les enfants (117). Ceci résulte de l'article 213 nouveau qui édicte : « le mari est chef de famille », et poursuit : « Il (le mari) exerce cette fonction dans *l'intérêt commun du ménage et des enfants* ». La famille est un groupement naturel, constitué par le ménage et les enfants. Si le législateur semble présenter la famille comme une notion divisible, en distinguant entre le ménage et les enfants, il parle cependant de l' « intérêt commun », de sorte qui'l faut se garder d'envisager l'intérêt propre du ménage et celui des enfants séparément (118).

La femme a qualité pour soumettre aux juges les décisions du mari, qui ne sont pas inspirées par l'intérêt de la famille. Il ne s'agit plus du contrôle de l'abus des droits par le mari. Les prérogatives maritales ne sont plus considérées comme des droits subjectifs, lui appartenant sur la personne de sa femme. Ce sont seulement les attributs d'une « *fonction* » (119).

En employant une expression couramment admise en droit public, on peut dire que nous sommes ici dans le domaine du contrôle du « détournement de pouvoirs » (120).

219. *Exemples.* — Ainsi, en matière de résidence séparée, l'article 215 (rédaction de la loi du 22 septembre 1942) prévoit que « lorsque la résidence fixée par le mari présente pour la famille des dangers d'ordre physique ou d'ordre moral, la femme peut être autorisée à avoir, pour elle et ses enfants, une autre résidence fixée par le juge ». La loi ne parle plus de fixation abusive : sans doute le législateur a-t-il voulu écarter l'interprétation subjective de la notion d'abus de droit. Il n'est pas nécessaire de démontrer désormais, l'intention de nuire que le mari aurait eue à son égard. Il suffit de prouver que la résí-

(117) Planiol et Ripert, Traité pratique de droit civil, t. 2, La famille, par Rouast, n° 1 ; Cf. encore R. Savatier, Rapport sur un projet de personnalité morale de la famille, Bulletin de la Société d'Etudes législatives, 1940-46, p. 143.

(118) La loi du 13 juillet 1907 sur le libre salaire de la femme mariée entendait restrictivement l'idée d'intérêt du ménage. Cette loi donnait au mari qualité pour faire retirer judiciairement les pouvoirs que la femme tenait d'elle, après que celui-ci lui ait donné l'autorisation d'exercer une profession distincte, si elle n'en usait pas dans l'intérêt du ménage. Par intérêt du ménage, il fallait entendre ici, non l'intérêt de la famille toute entière, mais l'intérêt personnel des deux époux.

(119) Colin et Capitant, Traité de dr. civ., refondu par Julliot de la Morandière, t. 1, n° 665.

(120) Colin et Capitant, Traité de dr. civ., refondu par Julliot de la Morandière, t. 1, n° 666.

dence fixée par le mari présente des dangers pour la famille (121).

Il en va de même, au cas de demande, par la femme, en mainlevée judiciaire de l'opposition formée, par son mari, à l'exercice d'une profession distincte (article 223, alinéa 3 du Code Civil). La recevabilité du recours repose sur l'appréciation objective par le juge de « l'intérêt de la famille » (122). Le tribunal n'a pas à exiger la preuve subjective d'une intention malicieuse du mari. Quand bien même celui-ci aurait crû bien faire en s'opposant à la profession de son épouse, s'il s'est trompé, même de bonne foi, il doit voir lever son opposition (123).

La règle du contrôle du détournement de pouvoirs doit également être étendue au cas de révocation arbitraire ou injustifiée du mandat domestique par le mari, et à celui du recours contre l'opposition du mari au maintien du compte en banque pour les besoins du ménage (124).

Enfin, l'article 217 nouveau du Code Civil se réfère à la notion d'intérêt de la famille. Il vise le cas où l'un des époux possède lui-même, au moins en germe, un droit, mais a besoin, pour l'exercer, du concours ou du consentement de son conjoint, car il se heurte à un pouvoir conféré à celui-ci. Au cas de refus de consentement, non justifié par l'intérêt de la famille, l'époux qui désire faire un acte de disposition peut se faire autoriser par le juge à passer outre.

§ 2. — *Nature fonctionnelle du pouvoir d'action de la femme mariée.*

220. *Absence de représentation.* — Dans toutes ces hypothèses, il semble difficile de soutenir que la femme mariée a un intérêt personnel à agir, parce qu'elle représente la famille.

L'idée de représentation serait artificielle et, ici encore, vidée de toute signification technique. On ne peut représenter qu'une personne dotée de la personnalité juridique, un sujet de droits. Si un mouvement d'idées s'est prononcé jadis pour la reconnaissance à la famille de la personnalité morale (125), on admet aujourd'hui que la famille ne constitue, pas plus

(121) Colin et Capitant, op. cit., n° 680.

(122) Colin et Capitant, op. cit., n° 702.

(123) Colin et Capitant, op. cit., n° 702 ; Contra, Paris, 7 déc. 1940, D.A. 1941-2-158, S. 1943-2-13, note Boitard.

(124) Planiol et Ripert, Traité pratique de droit civil français, t. 2, La famille, par Rouast, n°s 393 bis et 395.

(125) Voir R. Savatier, Une personne morale méconnue : la famille en tant que sujets de droits, D.H. 1939, chronique, p. 49.

que la communauté, une personne morale (126) et l'attribution de celle-ci à ce groupement demeure encore à l'état de projet (127).

221. *Prérogative fonctionnelle de la femme.* — Qu'il faille ici un intérêt pour que l'action soit recevable, ceci ne semble pas douteux. Cet intérêt, c'est l'avantage poursuivi devant le juge en faveur de la famille. Mais il y a dissociation entre la qualité et l'intérêt. Qui alors a qualité pour agir ? Il apparaît que c'est la personne qui puise, dans les règles d'organisation de la famille, le pouvoir nécessaire. Il y a là une prérogative fonctionnelle. La notion de qualité s'exprime par une relation fonctionnelle entre le demandeur et le titulaire de l'intérêt, la famille.

Hormis le cas de l'article 217 où le recours peut être exercé par n'importe lequel des deux époux, c'est la femme qui a qualité et a seule qualité pour agir. L'article 215 pour le cas de fixation de résidence, et l'article 223 pour celui d'opposition à l'exercice d'une profession séparée, sont très nets en ce sens. Ni les enfants, ni d'autres personnes de la famille, ne pourraient se substituer à la femme (128).

Cette attribution exclusive de qualité à la femme ne présente pas grand inconvénient, puisque les décisions du mari sont surtout dirigées contre la femme et, par conséquent, elle est mieux placée que quiconque pour les soumettre au contrôle judiciaire.

Mais lorsque, exceptionnellement, la femme se voit attribuer la fonction de chef de famille, qui provoquera le contrôle judiciaire des décisions prises par celle-ci, en cette qualité ? Certainement pas le mari, puisque par hypothèse, il se trouve hors d'état de manifester sa volonté (article 213 du Code Civil). La loi n'a organisé aucun contrôle. Il y a là une grave lacune. Il faudrait admettre l'action des enfants et, éventuellement, celle d'autres parents et du Ministère public.

Il est vrai que dans la pratique le contrôle judiciaire par la femme de l'activité du mari dans l'intérêt de la famille est fort peu utilisé. Il en serait sans doute de même pour les enfants et les autres parents. Le pouvoir d'action du Ministère public seul pourrait avoir quelque efficacité.

(126) Planiol et Ripert, Traité pratique de droit civil français, t. 2, La Famille, par Rouast, n° 377.

(127) Voir R. Savatier, Rapport sur un projet de personnalité morale de la famille, Bulletin de la Société d'Etudes Législatives, 1940-46, p. 143.

(128) Planiol et Ripert, Traité pratique de droit civil français, t. 2, La Famille, par Rouast, n° 377.

TITRE DEUXIEME

NATURE ET FONDEMENT DE LA QUALITE

222. *La qualité, condition d'existence de l'action.* — Après avoir décrit les diverses manifestations de la notion de qualité, il faut rechercher quelle est la nature juridique de la qualité.

Trois solutions sont théoriquement possibles. On peut, tout d'abord, considérer la qualité comme l'une des conditions du bien fondé de la demande, l'un des éléments du fond du litige. C'est l'opinion que l'on risque d'adopter, lorsqu'on met l'accent sur le fait que c'est le titulaire du droit litigieux qui a, en principe, qualité.

A l'opposé, on peut penser que la qualité est une condition de validité de la demande en justice. C'est alors la solution vers laquelle on penche, lorsque on fait remarquer qu'en dehors du titulaire du droit, a aussi qualité le représentant de celui-ci, et la personne qui lui est subrogée dans le pouvoir d'agir.

Enfin, une troisième solution peut être envisagée. On peut tenir la qualité pour l'une des conditions d'existence de l'action. On regroupe, ainsi, autour d'une idée commune, les manifestations les plus diverses de la qualité.

Nous pensons que, bien qu'elle se manifeste sous de multiples aspects, la qualité est une notion une, qui trouve sa nature dans l'idée d'existence de l'action, le défaut de qualité traduisant une déficience du pouvoir d'agir. Ainsi, la qualité est bien une condition d'existence de l'action.

Nous allons essayer de l'établir en étudiant dans un premier chapitre, la qualité comme condition d'existence de l'action.

Ensuite, comme on a quelquefois mêlé la qualité aux conditions du bien fondé de la demande, il faudra préciser, dans un deuxième chapitre, la distinction que l'on doit faire entre la qualité et le fond du litige.

Enfin, pour dissiper la confusion que l'on peut être tenté de faire entre la qualité et les conditions de validité de la demande, nous étudierons dans un troisième chapitre, la distinction entre ces deux notions.

223. *Recherche du fondement de l'exigence de la qualité.* — Cette étude serait incomplète si, après avoir présenté la qualité comme une condition d'existence de l'action, on ne se demandait pas pour quelles raisons le droit positif a subordonné l'examen, par le juge, du bien fondé de la demande, à la qualité des plaideurs. C'est la question du fondement de la qualité que nous examinerons dans un quatrième chapitre.

224. *Plan.* — *Chapitre* 1 *:* La qualité, condition d'existence de l'action.

Chapitre 2 *:* La qualité et le fond du litige.

Chapitre 3 *:* La qualité et les conditions de validité de la demande.

Chapitre 4 *:* Le fondement de la qualité.

Chapitre premier

LA QUALITE, CONDITION D'EXISTENCE DE L'ACTION

225. *La notion de condition d'existence de l'action.* — L'action en justice étant le pouvoir de faire statuer le juge sur le fond d'un litige (1), son existence est subordonnée à la réunion d'un certain nombre de conditions, appelées conditions d'existence de l'action (2). On entend par conditions d'existence de l'action, l'ensemble des éléments qui doivent être réunis pour obtenir du juge la solution du fond d'un litige.

Puisque l'action diffère du droit litigieux, les conditions d'existence de l'action doivent être distinguées des conditions d'admission du bien fondé de la demande. Et comme, d'autre part, l'action constitue quelque chose de distinct de l'instance, les conditions d'existence doivent aussi être distinguées des conditions de validité de la demande et du rapport d'instance.

226. *La qualité, condition de l'action.* — Traditionnellement, on étudie la qualité parmi les conditions d'existence de l'action, à côté de l'intérêt, du droit et de la capacité.

On considère, en effet, que la qualité est une condition de « l'admissibilité de l'étude du bien fondé de la demande » (3).

(1) Cf. supra, n° 23.

(2) On emploie quelquefois les termes de « conditions d'ouverture de l'action », « conditions de recevabilité de l'action (ou de la demande) », « conditions d'exercice de l'action ».

Ce dernier terme est certainement mauvais. L'action, et l'exercice de l'action sont deux choses très différentes : l'action est un pouvoir, l'exercice de l'action suppose un acte juridique, la demande en justice ; or, on sait que l'action ne doit pas être confondue avec la demande (Cf. supra, n° 23).

L'expression de « conditions de recevabilité de l'action » n'est guère plus satisfaisante. L'emploi du mot « recevabilité » suppose que l'action est l'acte de saisir le juge, et non le pouvoir de le saisir.

Reste alors l'expression « conditions d'ouverture de l'action ». C'est une expression synonyme de « conditions d'existence de l'action ». Cependant, notre préférence va à cette dernière parce que par le terme d'existence de l'action, elle exprime mieux la réalité des choses.

(3) Redenti, Giudizio civile con pluralita di parti, p. 296, et Nenner, Die Sachlegitimation, Judicium 1933, p. 113, ouvrages cités par Costa dans Nuovo Digesto Italiano, V° Interesse e legittimazione ad agire, n° 3,

Cependant il faut examiner ici deux séries de difficultés.

Il faut tout d'abord se demander si la qualité est une notion autonome, ou si, au contraire elle se confond avec l'une ou l'autre des autres conditions d'existence de l'action. En effet, si la doctrine classique de l'action étudiait la qualité séparément, en lui attribuant une autonomie complète au regard des autres conditions de l'action, un mouvement d'idée très général tend, depuis une vingtaine d'années, à regrouper les quatre conditions classiques, le droit, l'intérêt, la qualité et la capacité, en une condition unique, en raison de nombreuses difficultés que l'on éprouve pour préciser les frontières de chacune d'elles. Japiot, sans sortir du plan de l'analyse classique de ces conditions, avertissait, dès le début de ses développements sur l'action, que les quatre points de l'examen classique de la recevabilité pouvaient bien être quatre aspects différents sous lesquels on envisage une même condition, plutôt que quatre conditions spécifiquement différentes (4). Les auteurs les plus modernes, rompant avec la tradition, ont tenté de réaliser la synthèse des conditions classiques autour d'une notion centrale.

En face de cette tendance très générale, fallait-il admettre le principe d'une synthèse ? Nous ne le croyons pas. C'est pourquoi nous allons consacrer une première section à la démonstration de l'autonomie de la qualité relativement aux autres conditions d'existence de l'action.

La deuxième série de difficultés à examiner, c'est la place de la qualité parmi les conditions de l'action. Pour cela, nous étudierons, dans une deuxième section, les diverses conditions de l'action.

SECTION I

L'autonomie de la condition de qualité

227. *Les notions de synthèse.* — Si la théorie classique des conditions de l'action énumérait le droit, l'intérêt, la qualité et la capacité, comme conditions nécessaires de l'action, les tentatives de synthèse des auteurs modernes ne se rapportent pas à chacun de ces points.

Le droit, comme condition d'existence de l'action, a été assez vite éliminé. Sans doute, certains auteurs classiques ne le mentionnaient déjà plus ; mais c'était en raison de son illogisme, car on comprenait mal que l'action n'étant pas autre chose que le droit lui-même, le droit puisse en même temps être une condition de l'action ou, en d'autres termes, qu'il puisse se condition-

(4) Japiot, Traité élém. de proc. civ. et comm., n° 60. Dans le même sens, Solus, Cours de droit judiciaire privé, p. 243 et suivantes.

ner lui-même (5). Cependant l'élimination de la condition de droit dans la doctrine moderne a une autre raison. Puisque l'action est le pouvoir d'obtenir que le juge se prononce sur une prétention d'ordre juridique, le droit ne peut pas être requis toutes les fois que la demande ne tend pas à la reconnaissance et à la protection d'un droit subjectif, mais à la répression d'une violation de la loi (exemple : action publique) (6) ; même lorsque la prétention se fonde sur un droit subjectif, il n'est pas nécessaire que ce droit existe pour que la demande soit recevable et pour que le juge statue sur le fond, mais son existence n'a d'importance que pour la déclaration du bien-fondé de la demande ; de la sorte, le droit n'est pas une condition d'existence de l'action mais une condition du succès de la demande, au cas de contentieux subjectif (7). Envisager le droit comme une condition d'existence de l'action est une pétition de principe : ce procédé ne peut s'expliquer que pour la raison qu'il confère aux tribunaux un libre contrôle des actions en justice (8).

La capacité est, de son côté, assez souvent éliminée du domaine des conditions de l'action ; on l'étudie alors dans les conditions de validité de la demande (9).

Restent alors l'intérêt et la qualité. Les tentatives de synthèse ont été faites autour de l'une et de l'autre de ces notions.

§ 1er — *Les théories de l'intérêt.*

228. *Les deux aspects de l'intérêt auxquels on a assimilé la qualité.* — Les auteurs qui font, de l'intérêt, l'unique condition de recevabilité de l'action, présentent la qualité, soit comme l'aspect personnel de l'intérêt, soit comme un aspect légal et légitime.

(5) Cf. sur cette question, Vizioz, Etudes de proc. civ., t. 1, p. 41 ; Fourneau, Pour une conception objective de l'action en justice, n° 78, p. 88.

(6) Vizioz, Cours de proc. civ., p. 88.

(7) Vizioz, Cours de proc. civ., p. 88-89 ; Brulliard, Proc. civ., n° 26, p. 28 ; Fourneau, Pour une conception objective de l'action en justice, n° 167, p. 227.

(8) Cf. obs. Hebraud, sous Cass. Soc., 9 janv. 1954, à la Rev. trim. de dr. civ., 1954, p. 344.

(9) En ce sens, Vizioz, Cours de proc. civ., p. 88 ; Morel, Traité élém. de proc. civ., n° 27 ; Brulliard, Proc. civ., n° 36, p. 34 ; Chiovenda, Principii di diritto processuale civile, paragraphe 35, Istituzioni di diritto processuale civile, paragraphe 36 ; Contra, Fourneau, Pour une conception objective de l'action en justice, n° 169 ; voir aussi, Carnelutti, Sistema di diritto processuale civile, nos 135-136.

A. — LA THEORIE DE MOREL : LA QUALITÉ EST L'ASPECT PERSONNEL DE L'INTERET

1° *Exposé de la théorie de Morel.*

229. *Le principe.* — Pour Morel (10), la seule condition de recevabilité mise, par la loi, à l'exercice de l'action, c'est l'existence d'un intérêt chez celui qui agit : c'est la règle « pas d'intérêt, pas d'action », « l'intérêt est la mesure des actions ». Il importe, alors, de préciser les caractères que doit revêtir l'intérêt des sujets de l'action, demandeur et défendeur. Si l'on veut échapper aux dangers d'encombrement des juridictions que fait courir une notion trop large de l'intérêt aboutissant à « l'action populaire », les caractères de l'intérêt doivent être précisés de la manière suivante : il faut que l'intérêt soit juridique, personnel, né et actuel.

Sans doute qualité et intérêt ne doivent pas être confondus, mais la qualité n'est pas autre chose que l'aspect personnel de l'intérêt, de sorte qu'il devient inutile de faire, de cette notion, une condition spéciale de recevabilité des actions.

Morel présente la règle de l'intérêt personnel comme un principe général de procédure. En droit privé c'est celui-là seul dont le droit a été méconnu, ou son représentant, qui a qualité pour agir. Même dans les matières qui touchent le plus à l'ordre public, on doit s'en tenir à une notion stricte de l'intérêt personnel, car il s'agit là aussi, non pas tant d'assurer le respect de la légalité, que de défendre des droits subjectifs.

En droit administratif, à l'inverse, si l'on exige toujours un intérêt personnel pour que le recours pour excès de pouvoir soit recevable, le Conseil d'Etat ne demande cependant plus au plaideur de justifier de la violation d'un droit subjectif, et par voie de conséquence, élargit sensiblement l'idée d'intérêt personnel. Le recours pour excès de pouvoir se rapproche de l'action populaire, puisqu'il s'agit ici, non de défendre des droits subjectifs, mais d'assurer l'observation de la légalité par l'administration.

230. *Les exceptions.* — Si général que soit le principe de l'intérêt direct et personnel, l'éminent auteur reconnaît qu'il souffre quelques exceptions. Et il cite les cas où une personne agit en justice pour la défense du droit d'autrui, non en qualité de représentant, mais en son nom propre, en qualité de subrogé (cas du créancier qui exerce l'action oblique ; cas du mari qui exerce les actions de sa femme, relatives aux biens dotaux ; action exercée, par le patron, contre le tiers responsable de l'accident du travail survenu à l'ouvrier ou l'employé ; cas du contribuable qui exerce l'action qu'il croit appartenir à la commune ; cas des groupements capables d'ester en justice qui

(10) Morel, Traité élém. de proc. civ., nos 27 et suivants.

exercent, en faveur de chacun de leurs membres, les actions qui naissent de la convention collective de travail à laquelle ils sont parties). Il se penche ensuite, plus longuement, sur le problème des actions syndicales dans l'intérêt de la profession, où il décèle l'exercice d'une prérogative fonctionnelle, semblable à celle du Ministère Public pour les actions qui lui sont ouvertes, de sorte qu'il y aurait, là encore, une exception à la règle de l'intérêt personnel (11).

2° *Critique de la théorie de Morel.*

231. *Critique positive.* — Cette interprétation de la notion de qualité, inspirée par les formules couramment employées par le Conseil d'Etat à propos de recours pour excès de pouvoir (12), jette sur la notion de qualité une lumière très utile.

Il est vrai, en effet, que souvent la qualité n'est pas autre chose que l'aspect personnel de l'intérêt : il en est ainsi au cas de recours pour excès de pouvoir.

Il est vrai encore qu'assez souvent, la qualité appartient au seul titulaire du droit. Il faut cependant apporter cette précision qu'il ne s'agit pas, à proprement parler, du titulaire du droit, puisque, par hypothèse, l'incertitude règne sur l'existence même du droit, et que l'acte juridictionnel doit résoudre la contestation (13), mais de la personne qui, si le droit existe, a la possibilité d'en être le titulaire (14).

232. *Critique négative.* — Mais, quels que soient ses mérites, cette théorie se heurte à des critiques décisives.

1° Tout d'abord, il n'est pas vrai que la qualité soit l'aspect personnel de l'intérêt, parce que, d'une part, certaines personnes, sans intérêt personnel, ont quelquefois, qualité pour agir, et que, d'autre part, il arrive que des personnes, qui ont sans aucun doute un intérêt personnel à l'action, sont cependant sans qualité.

2° Ensuite, cette explication de la nature de la notion de qualité repose sur une conception fausse de l'intérêt pour agir en justice.

Examinons successivement ces différents points.

233. *Qualité de personnes qui n'ont pas d'intérêt à l'action.* — Il existe deux catégories de personnes qui ont qualité sans

(11) Voir une analyse semblable dans Andrioli, La legittimazione ad agire, Rivista italiano di scienze giuridiche 1935, p. 301.

(12) Morel se plaît à le faire remarquer lui-même, Traité élém. de proc. civ., n° 30, p. 33.

(13) Cf. Hébraud, L'action juridictionnel et la classification des recours contentieux. Recueil de l'Académie de législation de Toulouse, 1949, p. 131 et suivantes, et spécialement n° 15, page 163 à 166.

(14) Cf. Intra n° 287.

avoir d'intérêt personnel. Ce sont les représentants et les organes doués de prérogative fonctionnelle.

Il est certain que le représentant n'a aucun intérêt à l'exercice de l'action. Il ne retire aucun avantage de la décision du juge. Celui qui a intérêt, c'est le représenté. C'est pourquoi, c'est à son profit, ou contre lui, que la condamnation est prononcée par le juge (15). Le représentant qui réclamerait l'exécution d'un jugement, en demandant que le bénéfice de celui-ci lui soit attribué personnellement, serait débouté de sa demande. A l'inverse, la demande en exécution d'un jugement formée contre le représentant, pris, non en cette qualité, mais en son nom personnel, serait déclarée irrecevable (16). Il est vrai que Morel a prétendu écarter cette objection en faisant remarquer que la question de la représentation en justice n'entrait pas dans le domaine de la qualité, mais se rapportait aux conditions de validité du rapport d'instance (17). Le demandeur ne serait pas le représentant, mais le représenté ; l'intervention du représentant n'affecterait que les actes de l'instance et, pour que le rapport d'instance soit valable, il faudrait que le représenté figure, dans celui-ci, par l'intermédiaire d'une personne ayant le pouvoir de le représenter.

Cette opinion nous paraît inexacte. En réalité, le représentant ne se borne pas à figurer dans l'instance au nom du représenté. C'est lui qui saisit le juge et le met en contact avec le fond du litige. Comme l'action est le pouvoir de soumettre au juge le fond d'un litige, on peut dire que la question de la représentation est une question de qualité. En bref, le représentant dans l'action est un sujet de l'action et a, à ce titre, qualité (28). D'ailleurs, la jurisprudence sanctionne le défaut de pouvoir, non par une exception de procédure — l'exception est la sanction de l'absence d'une condition de validité de la demande —, mais par une fin de non-recevoir, comme les autres cas de qualité (19).

L'organe doué d'une prérogative fonctionnelle n'a pas, non plus, d'intérêt personnel à l'action. Le Ministère Public, qui agit dans l'intérêt de la société, et le syndicat qui assure le respect des intérêts de la profession dans laquelle ses membres sont recrutés n'incarnent pas véritablement la société et la profession. Ce sont des organes auxquels le droit positif a conféré une fonction d'agir en justice pour la défense de certains intérêts. Il y a ici dissociation entre la qualité et l'intérêt. Morel a bien vu ce qu'il y a d'artificiel dans l'opinion qui présente le syn-

(15) Cf. supra, n° 102.
(16) Cf. supra, n° 101.
(17) Morel, Traité élém. de proc. civ., n° 312 et n°s 322 à 336.
(18) Cf. infra, n°s 312 et 313.
(19) Cf. infra, n° 381.

dicat comme le titulaire de l'intérêt dont il réclame la protection. Cependant il s'est borné à présenter les actions syndicales, comme des exceptions à la règle de l'intérêt personnel. En réalité, l'importance croissante des actions syndicales dans la loi et la tendance de la jurisprudence récente à conférer aux associations ordinaires des prérogatives semblables à celles des syndicats professionnels et des associations auxquelles le législateur a conféré le pouvoir d'agir dans un intérêt général (20), laissent penser que, pour expliquer la notion de qualité, il faut abandonner l'idée d'intérêt personnel (21).

234. *Défaut de qualité de personnes qui ont un intérêt personnel.* — Si, dans certains cas, il n'est pas nécessaire d'avoir un intérêt personnel pour avoir qualité, il arrive aussi que certaines personnes, bien que titulaires du droit litigieux, n'aient pas qualité pour le faire valoir en justice. Ces personnes, qui ont conservé la jouissance du droit, sont frappées d'un défaut de qualité, les empêchant de faire valoir, en justice, le droit dont elles sont demeurées les titulaires.

Il ne faut pas confondre ces personnes avec les incapables. L'incapacité est organisée en vue de la protection de l'incapable ou, dans un cas, celui de l'interdiction légale, en vue de sanctionner l'attitude de l'individu qui a encouru une condamnation très grave. L'incapable a qualité pour agir. Le défaut de capacité, distinct du défaut de qualité, est une simple condition de validité de la demande, et non une condition d'existence de l'action.

En revanche, les personnes dont il s'agit ici, sont frappées d'un véritable défaut de pouvoir sur le droit qui leur appartient, en vue de protéger les droits d'autres personnes, dont la satisfaction dépend étroitement du sort donné au droit litigieux. C'est, en fait, le souci de rendre inopposables à ces dernières les jugements obtenus par les titulaires du droit, qui a conduit le législateur à édicter ces défauts de qualité.

Est sans qualité pour agir, le failli relativement aux actions

(20) Cf. supra, n° 205.

(21) Morel présente aussi, comme constituant une exception à la règle de l'intérêt personnel, les cas de subrogation dans lesquels une personne fait valoir, en son nom propre, non un droit personnel, mais le droit d'autrui. Il y a là une erreur. Le subrogé a certainement un intérêt personnel à faire valoir le droit du subrogeant. Cela est si vrai qu'un auteur, reprenant la thèse de Morel, est parvenu à l'étayer, en donnant comme exemple d'intérêt personnel, celui du créancier dans l'action oblique (Hébraud, Rev. trim. de dr. civ., 1951, p. 543).

S'il y a une exception, c'est plutôt à la règle de l'intérêt direct, car l'avantage, retiré par le créancier de l'exercice de l'action, ne se réalise qu'indirectement dans son patrimoine, en passant par le patrimoine du débiteur.

dont il a été dessaisi à l'ouverture de la faillite (22). Dans ce cas, les intérêts de la masse des créanciers doivent être sauvegardés avant les intérêts propres du failli. C'est pourquoi les jugements, prononcés sur l'action du failli seul, sont inopposables à la masse des créanciers (23). Cependant, on ne peut nier que le failli a un intérêt personnel pour agir, puisqu'il s'agit d'obtenir la reconnaissance et la sanction de droits dont il est demeuré le titulaire, malgré le dessaisissement qui le frappe.

Est encore sans qualité pour agir la femme dotale, lorsqu'il s'agit d'actions relatives aux biens dotaux. C'est le mari qui a seul qualité parce que c'est son intérêt qu'il importe avant tout de sauvegarder. La dot est une masse de biens affectée à l'intérêt du ménage. C'est sur le mari que pèse principalement l'obligation d'entretenir le ménage. C'est pourquoi, c'est lui seul qui a qualité pour exercer les actions relatives à la dot. Là encore, cependant, la femme a un intérêt personnel à l'action, puisqu'elle est propriétaire des biens dotaux.

On peut faire la même remarque pour les actions relatives aux biens communs, dans les régimes communautaires. La communauté n'est pas une personne morale et il faut bien reconnaître que, dans ces conditions, les époux sont copropriétaires des biens communs. Or, c'est le mari seul qui a qualité pour exercer les actions relatives aux biens communs. La femme est sans qualité. La raison en est que l'intérêt qui doit prévaloir, c'est celui de la communauté dont le mari est l'administrateur. Pour faire prévaloir cet intérêt, on a été conduit à ôter à la femme le pouvoir d'exercer les actions communes, bien qu'il soit incontestable qu'elle ait un intérêt personnel à cet exercice.

Enfin, les membres de certains groupements légaux obligatoires, dépourvus de personnalité juridique, sont sans qualité pour faire valoir en justice des droits dont ils sont titulaires. Il en est ainsi des créanciers de la faillite organisés en masse, des porteurs de parts de fondateurs qui doivent nécessairement former une masse et des copropriétaires d'appartements groupés en syndicat. Les membres de ces divers groupements conservent la jouissance individuelle des droits communs à chacun d'eux, tandis que le groupement monopolise leur protection dans l'intérêt collectif, par dérogation légale expresse à la règle « Nul ne plaide par procureur ». La raison du défaut de qualité de ces personnes, c'est le souci de faire prévaloir l'intérêt commun sur les intérêts particuliers de chacun des membres du groupement. Le législateur y est parvenu en interdisant à chacun d'eux d'exercer les actions relatives aux droits semblables pour tous les intéressés. Il est évident qu'il y a là un cas où le titulaire d'un intérêt personnel est sans qualité pour agir.

(22) Cf. supra, n° 128, Percerou et Desserteaux, Traité des faillites, t. 1, p. 656, note 2.

(23) Cass. Comm., 15 juil. 1953, Bull. Cass. Civ. 1953, III, n° 262.

235. *Ambiguïté de la notion d'intérêt.* — L'une des critiques les plus importantes, qu'il faut adresser à la théorie de Morel, se rapporte à la conception que cet auteur a de la notion d'intérêt.

Chez lui, l'intérêt signifie, tantôt le droit qui est la cause de l'action, tantôt l'avantage que l'on retire de l'exercice de l'action. Ainsi lorsqu'il dit que l'intérêt doit être juridique, il indique, par là, que l'action doit être fondée sur un droit subjectif (24). En revanche, lorsqu'il parle d'intérêt né et actuel, il entend que le sujet de l'action doit retirer, de l'exercice de l'action, un avantage certain, se réalisant immédiatement dans son patrimoine.

Ainsi donc, la notion d'intérêt est ambiguë et, par cela même, il devient difficile de définir la qualité par cette notion, sans avoir, au préalable, précisé la signification dans laquelle on la prend.

En présentant la qualité comme l'aspect personnel de l'intérêt, faut-il entendre qu'a qualité le titulaire du droit seulement, ou toute personne qui retire un avantage personnel de l'exercice de l'action ?

C'est l'erreur de Morel de n'avoir pas d'abord pris position sur le sens dans lequel il faut entendre l'intérêt. D'autres auteurs ont éprouvé la nécessité de le faire, en indiquant qu'il s'agit de l'intérêt légitime et juridique.

B. - LA THEORIE DE MM. BRULLIARD ET GIVERDON : LA QUALITÉ EST L'ASPECT LEGITIME ET JURIDIQUE DE L'INTERET (25)

1° *Exposé de la théorie.*

236. *Définition de la qualité.* — On nous avertit, dès l'abord, que la notion de qualité, présentée comme l'une des conditions nécessaires pour exercer une action en justice, est une notion extrêmement vague et imprécise (26), particulièrement délicate à préciser, car elle n'est pas une, mais varie suivant les cas particuliers (27).

M. Brulliard (28) passe alors à la critique de la doctrine classique, et à celle de l'emploi abusif du terme, fait par la jurisprudence. Il constate qu'au fond, suivant les cas, la notion

(24) Morel, Traité élém. de proc. civ., n° 29.

(25) Nous analysons simultanément ces deux opinions, car elles nous semblent procéder d'une réflexion analogue.

(26) Brulliard, Proc. civ., n° 35, p. 33 ; Giverdon, La qualité condition de recevabilité de l'action en justice, D. 1952, chronique p. 85.

(27) Brulliard, op. cit., n° 25, p. 28.

(28) Morel, Traité élém. de proc. civ., n° 669.

de qualité a été employée pour désigner chacune des conditions de recevabilité de la demande en justice.

Faut-il cependant retenir la qualité comme condition spéciale de l'action, et quelle conception doit-on alors s'en faire ?

MM. Brulliard et Giverdon présentent la qualité comme une condition distincte de la notion d'intérêt, mais intimement liée à celle-ci, car elle intervient pour la préciser et la restreindre.

Pour M. Brulliard (29), la qualité se confond avec l'un des caractères reconnus à l'intérêt, à savoir qu'il doit être d'ordre juridique et légitime : c'est à cette reconnaissance de l'intérêt par la loi, que se ramènerait la notion de qualité.

Pour M. Giverdon, la qualité est l'élément qui, dans chaque hypothèse, vient préciser la légitimité du droit d'action, de telle sorte que cette notion vient restreindre celle d'intérêt ; outre l'intérêt à obtenir la décision du juge, la personne qui agit doit justifier que, personnellement, elle a l'aptitude requise pour exiger cette décision (30). Cet auteur ajoute à l'opinion de M. Brulliard une observation capitale : alors que M. Brulliard laissait quelque peu dans l'ombre le caractère éminemment subjectif de la qualité, M. Giverdon indique que la qualité apparaît comme une condition relative à la personne qui saisit le juge, et qu'elle détermine l'aptitude de cette personne à agir.

Sans doute faut-il avoir un intérêt personnel, pour être recevable à agir. Quelque fois même, c'est la seule condition requise pour que l'action soit ouverte, comme au cas de recours pour excès de pouvoir, où le titre qui confère à une personne le pouvoir d'agir consiste alors dans l'existence d'un intérêt personnel appelant protection (31).

Mais il est inexact de poser, à titre de principe, que la condition d'intérêt personnel et direct soit, en toutes hypothèses, suffisante.

237. *Personnes ayant qualité.* — Quelles sont alors les personnes qui possèdent cette aptitude leur permettant d'exiger du juge qu'il statue sur le fond d'un litige ? Leur détermination ne peut pas se faire de manière abstraite, mais elle varie suivant la nature particulière du litige (32).

Dans les procès ayant pour objet l'atteinte à un droit subjectif, a seul qualité celui qui se prétend titulaire de ce droit ;

(28) Brulliard, op. cit., n° 35, p. 33.

(29) Brulliard, op. cit., n° 35, p. 33.

(30) Giverdon, op. cit., loc. cit.

(31) Giverdon, op. cit., loc. cit. ; voir encore Rev. trim. de dr. civ., 1951, p. 545, obs. Hébraud ; Cuche et Vincent, Précis de proc. civ., n° 16 ; Morel, Traité élém. de proc. civ., n° 27 ; Cf. supra n° 35.

(32) Brulliard, Proc. civ., n° 25 ; Giverdon, La qualité condition de recevabilité de l'action en justice, D. 1952, chronique p. 85-86.

on lui assimile encore ses héritiers et ses créanciers agissant par voie oblique (33).

Dans les procès relatifs à l'état des personnes et à l'annulation des actes juridiques, la qualité varie suivant les types d'actions. Elle est entendue très restrictivement au cas d'action en divorce, d'action en désaveu, etc..., ainsi que dans les actions en nullité relative pour minorité (34), ou absence de consentement (35). En revanche, la qualité est comprise très largement dans d'autres hypothèses, comme dans les actions en contestation de légitimité (36), etc..., et dans les actions en nullité absolues, ouvertes à toutes les personnes qui y ont intérêt (37).

En matière de voies de recours, la qualité appartient aux seules personnes qui ont été parties en première instance (38).

Enfin, pour illustrer l'idée selon laquelle la qualité est l'aspect légitime de l'intérêt, M. Brulliard précise qu'au cas de rejet de l'action en réparation du préjudice causé par le décès accidentel du concubin, le défaut de qualité de la concubine résulte de l'absence de légitimité de son intérêt, alors que, cependant, l'existence à son profit d'un intérêt personnel et actuel est indiscutable (39).

238. *Le cas du représentant.* — Qu'en est-il alors du représentant qui demande au juge de statuer sur le fond du litige dans lequel le représenté est intéressé ? Y a-t-il là une question de qualité ?

Pour M. Giverdon, il faut distinguer entre la question de qualité et la question de compétence (40).

La question de qualité doit être examinée, non dans la personne du représentant, mais sur la tête du représenté. De la sorte, la qualité serait toujours appréciée en fonction du fond du litige.

En revanche, la question de savoir si le demandeur a le pouvoir de représenter le titulaire de l'intérêt légitime et juridique, n'est pas une question de qualité, mais une question de compétence. Cette compétence, qui doit être appréciée dans la personne du représentant, n'est pas déterminée par référence au fond du litige, mais seulement en fonction de l'existence du pouvoir que prétend posséder le représentant. Ainsi, la compétence de celui-ci se mesure à l'importance même de son pouvoir.

(33) Giverdon, op. cit., p. 86.
(34) Brulliard, Proc. civ., n° 35, p. 33.
(35) Giverdon, op. cit., p. 84.
(36) Cf. supra, n° 45.
(37) Cf. supra, n° 41.
(38) Brulliard, Proc. civ., n° 35 ; Giverdon, op. cit., p. 86.
(39) Brulliard, Proc. civ., n° 35.
(40) Giverdon, op. cit., p. 87.

Au cas de représentation conventionnelle, la compétence du demandeur est toujours appréciée en fonction de la délégation de pouvoir que lui a consenti le représenté. Au cas de représentation légale, elle doit être appréciée par référence à l'organisation des pouvoirs du représentant, par la loi : il en est ainsi, par exemple, pour le tuteur de l'incapable.

Ce point de vue permet d'assimiler la compétence du représentant à ce que certains auteurs italiens appellent la « legitimatio ad processum ». Cette notion est opposée, par eux, à la « legitimatio ad causam », qui est, très exactement, la qualité au sens où l'entendent MM. Brulliard et Giverdon. Tandis que la « legitimatio ad causam » est une condition d'existence de l'action, la « legitimatio ad processum » est, au contraire, une condition de validité de l'instance (41).

Si M. Giverdon ne recherche pas la nature juridique de cette compétence du représentant, M. Brulliard, s'inspirant de Chiovenda, classe la représentation en justice dans les conditions de validité de l'instance, qu'il appelle conditions de régularité de la demande (42). Il pousse ainsi, jusqu'à son extrême limite, la dissociation de la question de qualité et de la question de compétence du représentant.

En définitive, cette analyse du pouvoir de représentation permet de conserver à l'idée selon laquelle la qualité est l'aspect légitime et juridique de l'intérêt, le caractère d'un principe absolu. Il n'y a pas de dérogation à cette règle, puisque, dans le cas où le titulaire de l'intérêt légal agit en justice par l'intermédiaire d'un représentant, la qualité s'apprécie encore sur sa tête.

239. *Actions exercées dans un intérêt général.* — Il n'y a pas davantage de dérogation à la règle de l'intérêt juridique et légitime, lorsqu'il s'agit d'actions exercées par des organes doués de prérogatives fonctionnelles, en vue de la protection d'un intérêt général.

M. Giverdon, après avoir rejeté l'explication classique de la nature du pouvoir d'agir de ces organes, reposant sur l'existence d'un intérêt personnel dans la personne du syndicat (ou du Ministère Public) demandeur, suggère qu'il y a, là encore, une question de compétence de l'organe. Peut agir, la personne ou le groupement qui puisent, dans la loi, le pouvoir nécessaire, sans avoir cependant un intérêt pour agir. Il y a dissociation entre l'intérêt et la compétence (43).

(41) Chiovenda, Istituzioni di diritto processuale civile, t. 1, n° 39, p. 164, et t. 2, n° 228, p. 223 ; Nuovo Digesto Italiano, V° Legittimazione processuale, par Costa.

(42) Brulliard, Proc. civ., n° 36.

(43) Giverdon, op. cit., 88.

C'est dire, ici encore, que la question de compétence n'est pas, à proprement parler, une question de qualité. Ce n'est pas, en effet, le syndicat qui a un intérêt légitime et juridique pour agir dans les actions syndicales ; c'est, en quelque sorte, la profession intéressée qui a qualité, parce que c'est en elle que réside l'intérêt juridique. Ce n'est pas, non plus, le Ministère Public qui a qualité, parce que lorsqu'il agit dans l'intérêt de la société, ce n'est pas sur sa tête que doit s'apprécier l'intérêt légal, mais bien sur la tête de la société. Du côté du Ministère Public, il s'agit, en somme, d'une simple question de compétence.

Ainsi est sauvegardé le caractère absolu du principe de l'intérêt légitime et juridique qui exprime la notion de qualité.

2° *Critique de la théorie de MM. Brulliard et Giverdon.*

240. *Critique positive.* — Cette théorie, en présentant la qualité comme l'aspect légitime et juridique de l'intérêt, ne manque pas de jeter, à son tour, quelques lumières sur les difficultés auxquelles on se heurte dans l'étude de la qualité.

1° Tout d'abord, elle dissipe l'équivoque, qui régnait dans la théorie de Morel, sur l'idée d'intérêt.

Par intérêt, Morel entendait, tantôt la cause de l'action ou, en d'autres termes, le droit subjectif que l'on demande au juge de reconnaître et de sanctionner, tantôt le but de l'action, c'est-à-dire l'avantage que l'on recherche en demandant au juge de résoudre la contestation qui est née sur l'existence d'un droit (44).

MM. Brulliard et Giverdon entendent, par intérêt, la cause de l'action, le droit subjectif, lorsqu'ils assimilent la qualité à l'aspect légitime et juridique de l'intérêt. M. Giverdon indique, par exemple, que la qualité est l'élément qui vient préciser la légitimité du droit d'action : par là, il entend qu'il faut être titulaire d'un intérêt juridique.

2° D'autre part, il est exact de dire que dans les hypothèses où une personne agit en son nom propre, la qualité vient restreindre l'idée d'intérêt personnel.

Cela est vrai, lorsque le demandeur fait valoir en justice un droit dont il est titulaire. Il ne suffit pas, en effet, d'établir que l'on a un intérêt personnel à l'exercice d'une action, il faut encore invoquer un intérêt juridiquement protégé pour être recevable. Nous l'avons bien vu, précédemment, lorsque nous avons examiné la qualité du titulaire du droit : la plupart des difficultés qu'il fallait résoudre consistaient dans la détermination des personnes qui avaient la possibilité d'être titulaires du droit litigieux (45).

(44) Cf. supra, n° 235.

(45) Cf. supra, n°s 38 et suivants.

Cela est vrai, aussi, dans les cas de subrogation dans l'action. Là encore, il ne suffit pas d'établir l'existence d'un intérêt pour avoir la qualité de subrogé, mais il faut qu'il s'agisse d'un intérêt pris en considération par la loi : il faut être, par exemple, créancier, membre d'un groupement, etc... (46).

3° Enfin, M. Giverdon, en précisant que la qualité est une condition relative à la personne qui saisit le juge, donne à cette notion son véritable caractère qui est d'être une condition de l'action, éminemment subjective.

241. *Critique négative.* — Il faut faire à cette théorie deux importantes critiques.

1° Il est faux de dire que les questions de représentation en justice et d'action des organes doués de prérogative fonctionnelle n'entrent pas dans le domaine de la qualité.

C'est pour présenter la qualité comme étant, de manière absolument générale, l'aspect légal de l'intérêt que MM. Brulliard et Giverdon ont été amenés à dissocier la qualité de la compétence, la première s'appréciant sur la tête du représenté et de la collectivité dans l'intérêt de laquelle on agit, la seconde s'appréciant, au contraire, en la personne du représentant et de l'organe demandeur.

Mais, justement, cette idée d'intérêt légal est insuffisante pour rendre compte de toutes les hypothèses de qualité.

2° D'autre part, la conception de la notion d'intérêt qu'on nous présente ne correspond pas du tout à ce qu'on appelle « l'intérêt pour agir en justice ».

242. *Qualité et représentation.* — Il est tout d'abord, bien évident que la qualité doit s'apprécier dans la personne du représentant, et non dans celle du représenté. Cela pour deux raisons.

La première de ces raisons touche à la nature de l'action en justice. Puisque l'action est le pouvoir d'obtenir que le juge examine le fond du litige qui lui est soumis, il est certain que la qualité doit être appréciée dans la personne qui saisit le juge, c'est-à-dire dans celle qui accomplit l'acte de volonté qui met le juge en contact avec le litige.

Au cas de représentation légale et judiciaire, c'est bien la volonté du représentant qui soumet le litige au juge : c'est pour cette raison, sans doute, qu'il n'est pas nécessaire de faire figurer le nom du représenté dans la procédure. C'est le tuteur de l'incapable qui saisit le juge, car le plus souvent, l'incapable ne peut pas manifester une volonté quelconque. Même au cas d'as-

(46) Cf. supra, n° 112. Voir pour un cas d'irrecevabilité de la saisie-arrêt pratiquée par une personne qui n'avait pas la qualité de créancier, Trib. civ. Nice (référés), 7 sept. 1953 et Trib. civ. Seine (référés), 28 janv. 1953, G.P. 1954-1-9.

sistance, la personne qui assiste, dans l'action, le prodigue ou le mineur émancipé concourt, par sa volonté propre, à mettre le juge en contact avec le litige. Si, maintenant, on se tourne vers le représentant de la personne morale, on fait la même constatation. La personne morale ne peut pas manifester de volonté propre ; ce sont ses organes qui sont censés l'exprimer. Aussi, c'est l'organe qualifié pour agir, qui saisit le juge. C'est bien ce que signifient les formules d'après lesquelles le représentant de la personne morale est « la personne morale elle-même », « la partie elle-même » (47).

Au cas de représentation conventionnelle, il est encore exact de dire que c'est le représentant qui saisit le juge. Si le pouvoir du représentant ne peut plus être apprécié en lui-même, mais doit l'être en fonction de la délégation de pouvoirs consentie par le représenté, le juge n'en est pas moins saisi par un acte de volonté du représentant. La manifestation de volonté propre du représentant est même l'une des conditions de la représentation dans l'action (48).

L'action étant distincte du droit litigieux (49), il importe peu, pour déterminer chez lequel du représentant ou du représenté on doit apprécier la qualité, que le droit litigieux appartienne au représenté. Il suffit, pour cela, de savoir qui saisit le juge : or il est bien évident que c'est le représentant.

D'autre part, l'action étant distincte de l'instance (50), on ne peut pas objecter que la qualité doit s'apprécier chez le représenté, parce que c'est celui-ci, et non le représentant qui est partie à l'instance. C'est parce que les conséquences de l'action se produisent en tout et pour tout, directement dans la personne et dans le patrimoine du représenté, qu'on le considère comme partie à l'instance (51). Mais cela ne signifie pas que c'est lui qui a saisi le juge. L'initiative de la demande revient, au contraire, au représentant.

La deuxième raison, permettant d'affirmer que la qualité doit être appréciée sur la tête du représentant, tient au fait que, parfois, le représenté est sans qualité pour agir, ce qui explique l'action du représentant. Il devient alors impossible de dire que la qualité doit être appréciée sur la tête du représenté, puisque il est, précisément, sans qualité. On est bien forcé d'apprécier la qualité dans la personne du représentant.

Voici quelques exemples. La qualité doit être appréciée chez le représentant. Chaque fois qu'on se trouve en présence d'un groupement sans personnalité juridique, mais pouvant agir en

(47) Cf. supra, n° 72.
(48) Cf. supra, n°s 93 et 94.
(49) Cf. supra, n° 25.
(50) Cf. supra, n° 26.
(51) Cf. supra, n°s 101 et 102.

justice par dérogation à la règle « Nul ne plaide par procureur », lorsque ce groupement a été organisé par la loi, dans un intérêt commun, pour enlever à ses membres l'exercice des actions individuelles, relatives aux droits semblables pour tous. Les membres de ces groupements sont sans qualité pour agir. Ils sont représentés par un représentant commun qui a seul qualité pour saisir le juge des litiges relatifs aux droits semblables pour chacun des membres d'un même groupement. Puisque celui-ci n'a pas la personnalité morale, on ne peut pas dire que les actions exercées par le représentant sont destinées à faire valoir des droits qui lui appartiendraient en propre. Il s'agit de droits dont la jouissance est demeurée individuelle à chaque membre du groupement, mais dont l'exercice est collectif. C'est le représentant du groupement qui a qualité.

Les copropriétaires d'appartements de maisons divisées par étage n'ont pas qualité pour exercer les actions relatives aux parties communes. Ils sont groupés en syndicat, groupement dépourvu de personnalité morale (52), et c'est le syndic qui, par dérogation à la règle « Nul ne plaide par procureur », exerce les actions relatives aux droits communs à tous les copropriétaires.

Les porteurs de parts de fondateur sont sans qualité pour agir dans les procès relatifs aux droits communs à tous les porteurs. Ils sont organisés en masse, groupement sans personnalité (53), et c'est le représentant de la masse qui exerce les actions pour leur compte.

Un autre exemple peut être donné, lorsque, contrairement à notre opinion (54), on considère que le mari représente la femme dans l'exercice des actions dotales et que le syndic de la faillite représente le failli pour toutes les actions dont il a été dessaisi. En effet, la femme et le failli, représentés l'une par le mari, l'autre par le syndic, sont sans qualité pour agir. C'est le mari, c'est le syndic, qui, seuls, peuvent exercer de telles actions. Il devient alors impossible de dire que la qualité doit être appréciée dans la personne du représenté.

243. *Qualité et prérogative fonctionnelle.* — Lorsqu'on se trouve en présence d'une action exercée, dans un intérêt général, par un organe doué de prérogative fonctionnelle, il n'est pas possible, non plus, de dire que la qualité s'apprécie dans la personne de l'intéressé, tandis que la question du pouvoir de l'organe serait une question de compétence.

Qui, en effet, est l'intéressé ? C'est la société, la profession ou une catégorie sociale quelconque. Ces collectivités ne sont

(52) Paris, 29 oct. 1940, D.H. 1940-214.

(53) Ripert, Traité élém. de dr. comm., n° 1.234.

(54) Voir supra, n° 142 et 130.

pas des personnes juridiques susceptibles d'être qualifiées pour agir. Si le Ministère Public, le syndicat ou l'association peuvent agir dans leur intérêt, c'est parce que cette qualité leur a été conférée par la loi comme une fonction. C'est donc sur leur tête seule que peut être appréciée la qualité pour agir.

244. *Erreur sur la notion d'intérêt pour agir en justice.* — Si Morel, en assimilant la qualité à l'aspect personnel de l'intérêt, laissait planer le doute sur le sens de la notion d'intérêt (55), MM. Brulliard et Giverdon en revanche, ont pris nettement position sur la manière dont il faut entendre l'intérêt pour agir en justice.

En indiquant que la qualité est l'aspect légitime et légal de l'intérêt, ils entendent, par là, qu'il s'agit de l'intérêt qui sert de cause à l'action. Pour eux a qualité, celui qui se prévaut d'un intérêt protégé par la loi. C'est cet intérêt qui sert de fondement à l'action.

A notre avis, ce n'est pas là ce qu'il faut entendre par intérêt pour agir en justice. Cette notion ne regarde pas la cause de l'action. Elle se rapporte, au contraire, au résultat obtenu par celui qui a exercé une action. L'intérêt pour agir en justice est l'avantage que poursuit la personne qui met le juge en contact avec le fond d'un litige. En ce sens, l'intérêt n'a rien à voir avec le fondement de l'action et avec la qualité. Ce n'est que par une grave erreur sur cette notion, que l'on a pu dire que la qualité était l'aspect légal de l'intérêt (56).

245. *Conclusion.* — Au terme de ce paragraphe sur les théories qui font, de la qualité, un aspect de l'intérêt, nous ne pouvons que constater l'échec de ces essais de synthèse. Deux remarques s'imposent :

1° Si l'on veut examiner les rapports qui existent entre l'intérêt et la qualité, il faut, au préalable, s'entendre sur le sens de la notion d'intérêt pour agir en justice. Or, d'une part Morel entend cette notion dans deux sens très différents, selon les circonstances ; d'autre part, MM. Brulliard et Giverdon ont, de cette notion, une conception erronée qui ne correspond pas à l'idée que s'en fait le plus souvent la jurisprudence.

2° Quel que soit le sens que l'on donne à l'intérêt, il est certain que cette idée n'épuise pas toutes les hypothèses de qualité. Souvent, la qualité appartient à des personnes qui sont sans intérêt. Quelquefois, les personnes intéressées à l'exercice de l'action, sont sans qualité pour agir.

(55) Cf. supra, n° 235.

(56) Nous présenterons infra, n° 265 et suivants, des développements plus complets sur la notion d'intérêt. Nous ne parlons ici que de ce qui est nécessaire pour notre critique de l'opinion de MM. Brulliard et Giverdon.

Faut-il, alors, tenter d'opérer la synthèse des conditions d'existence de l'action en justice autour de la notion de qualité ? Nous allons maintenant examiner les théories qui font de la qualité, la condition unique de recevabilité de l'action en justice.

§ 2. — *Les théories de la qualité.*

A. — LA THEORIE DE VIZIOZ (57)

1° *Exposé de la théorie.*

246. *Rapports entre intérêt et qualité.* — Vizioz dégage la notion de qualité, à partir de l'examen des rapports entre l'intérêt et la qualité.

Pour que l'action soit recevable, un intérêt est toujours exigé (58).

Sans doute il arrive que c'est celui-là même qui est titulaire de l'intérêt, qui a en même temps qualité pour agir.

Mais il arrive, aussi, qu'il y ait dissociation entre l'intérêt et la qualité, l'intérêt s'appréciant sur la tête d'une personne ou d'une collectivité, et la qualité sur la tête d'une autre personne ou d'un organe. Ainsi, au cas de représentation d'une personne juridique, la qualité se situe sur la tête du représentant, alors que l'intérêt existe en la personne du représenté (59). De même, au cas d'action du Ministère Public pour la répression de la violation de la loi pénale, ou d'action du syndicat dans l'intérêt de la profession, la qualité s'apprécie du côté du Ministère Public, organe de l'Etat, ou du syndicat, organe de

(57) Nous exposons ici la dernière opinion de Vizioz, telle qu'elle ressort de son cours polycopié de procédure civile datant de 1938, et des chroniques qu'il a consacrées à cette question dans la Revue trimestrielle de droit civil de 1939 à 1948, année de son décès accidentel. Cette opinion semble s'être formée, dans son esprit, sous l'influence des idées développées par Carnelutti dans son « Sistema di diritto processuale civile » publié dans les années 1936-39, t. 1, p. 361 à 398, qui reprend pour les décanter et les ordonner (Cf., op. cit., Préface, p. 411) les idées exposées dans les « Lezioni di diritto processuale civile » de 1926-31. Dans les « Etudes de procédure » de Vizioz (1931), on ne trouve pas de construction de la notion de qualité, mais une critique purement négative de la doctrine classique de l'action (Cf., Etudes de procédure, t. 1, p. 35 à 46). Cependant, le doyen Vizioz y donne quelques directives précieuses pour indiquer les chemins qu'il faut éviter ; mais ces directives semblent inspirées, ici, par les idées que Chiovenda a exposées dans ses « Principii di diritto processuale civile », datant de 1928. Nous noterons au passage les idées émises par Vizioz dans les « Etudes de procédure ».

(58) Rev. trim. de dr. civ., 1947, p. 81.

(59) Vizioz, Cours de proc. civ., p. 92.

la profession, tandis que l'intérêt doit être examiné du côté de la société ou de la profession (60).

Il est, d'autre part, certain que la capacité rentre parmi les conditions de validité de l'instance et donne ouverture à une exception, plutôt qu'à une fin de non recevoir (61).

247. *La notion de qualité.* — Dès lors, l'examen des conditions de recevabilité de l'action s'en trouve bouleversé. Ce n'est plus l'intérêt qui est la condition unique de recevabilité, comme le soutenait Morel, mais bien la qualité qui résume, en réalité, les conditions subjectives qui doivent être remplies pour que le juge soit tenu de se prononcer sur le bien-fondé d'une demande. L'intérêt n'est plus qu'un élément facultatif de la qualité (62). C'est en fonction de cette inversion, qu'il faut se pencher sur la notion de qualité. La qualité est exactement la « legittimazione processuale » au sens où l'entend Carnelutti (63).

248. *Personnes ayant qualité.* — Pour déterminer les personnes qualifiées pour agir, il faut distinguer selon qu'elles agissent en leur nom propre, comme représentant d'autrui ou dans un intérêt collectif et général.

Celui qui agit pour son propre compte a qualité, s'il a un intérêt direct et personnel à faire statuer le juge sur une prétention, sauf restriction ou extension légale (64). Lorsque Vizioz invoque les cas de restriction légale, il semble qu'il faille envisager les hypothèses qui ont le plus frappé MM. Giverdon et

(60) Rev. trim. de dr. civ., 1947, p. 80-81 ; voir encore, Vizioz, Cours de Proc. civ., p. 93.

(61) Vizioz, Cours de proc. civ., p. 88 ; Rev. trim. de dr. civ., 1940-41, p. 313, 1946, p. 50, 1948, p. 242 ; comparer, Morel, Traité élém. de proc. civ., nos 317 à 322 ; Brulliard, Proc. civ., nos 25 et 36 ; voir cependant, Carnelutti, Sistema di diritto processuale civile, t. 1, nos 135 et 136.

(62) Rev. trim. de dr. civ., 1948, p. 242 et suivantes ; voir encore, Rev. trim. de dr. civ., 1946, p. 246 et 1948, p. 94 ; Cf. cependant, Rev. trim. de dr. civ., 1940-41, p. 313 : « Les conditions générales de recevabilité d'une demande en justice comprennent, à côté des conditions qui regardent les sujets de la demande et **qui sont l'intérêt et la qualité...,** d'autres conditions qui sont relatives soit aux délais accordés par la loi pour agir..., soit à l'objet de la demande ». Le doyen Vizioz posait encore, ici, les deux conditions d'intérêt et de qualité. Mais il ne semble pas qu'il faille attacher trop d'importance à ce texte, écrit seulement pour introduire des développements sur les conditions objectives de l'action.

(63) Carnelutti, Sistema di diritto processuale civile, t. 1, nos 137 et suivants. Pour Carnelutti la legittimazione processuale signifie : « la idoneita di una persona ad agire processo dovuta alla sua posizione e piu precisamente al suo interesse o al suo officio », no 137-c-B, p. 366. En d'autres termes, la personne qui a qualité, c'est le porteur des intérêts dans le procès.

(64) Rev. trim. de dr. civ., 1948, p. 242.

Brulliard et les ont conduit à définir la qualité à partir de l'examen de ces cas. En effet, l'intérêt est le minimum requis pour avoir qualité, mais ne suffit pas toujours à ouvrir l'action (65). Lorsque, à l'inverse, Vizioz parle de cas d'extension légale, il semble qu'il invoque les exceptions à la règle de l'intérêt direct et personnel, telles qu'on les présentait classiquement : cas du créancier qui exerce les actions de son débiteur, etc... (66). Dans les Etudes de procédure, au contraire, Vizioz considérait que les cas de subrogation dans l'action touchaient aux conditions de l'instance, plutôt qu'à celles de l'action (67).

Celui qui agit pour le compte d'autrui a qualité s'il est le légitime représentant de l'intéressé (68). A la différence de la question de la nécessité d'indiquer dans les actes de la procédure celui dont on est le représentant légitime, qui ne concerne que la procédure et doit être sanctionné par une exception de nullité, la question du pouvoir du représentant pour agir au nom d'autrui est une question de qualité, qui touche à l'existence même du droit d'action et par là souvent au fond (69). Dans les « Etudes de Procédure », à l'inverse, Vizioz rattachait l'étude de la représentation en justice aux conditions de l'instance (70).

Enfin, celui qui agit dans un intérêt collectif ou général n'a qualité que s'il a reçu de la loi le pouvoir (chez un agent public ce pouvoir se nomme la compétence) de porter, devant le juge, soit toute espèce de prétentions, soit une catégorie donnée de prétentions (71).

2° *Critique de la théorie de Vizioz.*

249. *Critique positive.* — En inversant le rapport intérêt-qualité pour faire, de la qualité, la condition subjective unique de l'existence de l'action et de l'intérêt, un élément facultatif de la qualité, Vizioz semble avoir donné de la qualité l'idée qui traduit le mieux la réalité des choses.

D'autre part, en insistant sur le caractère subjectif de la

(65) Rev. trim. de dr. civ., 1948, p. 94.

(66) Vizioz, Cours de proc. civ., p. 92 ; voir aussi Giverdon, D. 1952. La qualité, condition de recevabilité de l'action en justice, chronique page 86 ; comparez Carnelutti, Sistema di diritto processuale civile, n° 137-e-B.

(67) Op. cit., t. 1, p. 43.

(68) Rev. trim. de dr. civ., 1948, p. 242.

(69) Rev. trim. de dr. civ., 1945, p. 133-134 ; comparer Carnelutti, Sistema di diritto processuale civile, t. 1, n° 137-e-B, p. 366 et n° 138 à 142.

(70) Vizioz, Etudes de procédure, t. 1, p. 43.

(71) Rev. trim. de dr. civ., 1948, p. 242 ; Cf. encore Rev. trim. de dr. civ., 1947, p. 80 et 81 ; comparer Carnelutti, Sistema di diritto processuale civile, t. 1, n° 137-e-B, p. 366, et n° 144 à 147.

qualité, qu'il oppose aux conditions objectives de l'action, il a bien marqué que la qualité est une condition relative à la personne qui saisit le juge.

On peut donc se rapporter à cette opinion comme à une valeur sûre, désormais devenue classique.

250. *Observations.* — Quelques observations doivent cependant être apportées à cette théorie, dont l'une au moins est capitale.

a) Vizioz laisse croire que la qualité, comme condition de l'action, est une condition relative au seul demandeur, alors qu'en réalité, la qualification passive est aussi requise du côté du défendeur (72). Mais là n'est pas le plus important.

b) Vizioz ne dissipe pas l'équivoque qui plane sur l'idée d'intérêt. Cela n'a pas tellement d'importance lorsqu'il y a dissociation entre la qualité et l'intérêt. A l'inverse, dans les cas où le demandeur agit pour son propre compte, il y a recoupement entre l'intérêt et la qualité qui est en règle générale l'intérêt personnel. Mais alors, s'agit-il de l'intérêt entendu comme cause de l'action ou comme le but poursuivi en s'adressant au juge ? Cette question n'est pas tranchée par Vizioz.

D'ailleurs, il a eu lui-même une conscience aiguë de l'importance des progrès qui restent encore à accomplir pour construire une théorie générale de l'action. Il écrivait, en effet, peu de temps avant sa mort : « si l'on veut construire une théorie générale de l'action en justice, il est nécessaire de les (les notions couramment admises) réviser, d'envisager à côté de l'atteinte à des droits subjectifs, la violation de la loi, *de trouver une définition de l'intérêt susceptible de s'appliquer à tous les types de procès, de préciser la notion de la qualité et les rapports entre l'intérêt et la qualité :* malheureusement sur ces questions fondamentales pour la doctrine du droit processuel, la lumière est loin d'être faite » (73).

B. — LA QUALITÉ DANS LA THEORIE DE L'ACTION DE M. FOURNEAU

1° *Exposé de la théorie.*

251. *La conception de l'action chez M. Fourneau.* — M. Fourneau développe une conception objective de l'action en justice.

(72) La critique a été faite par Fourneau, Pour une conception objective de l'action en justice, n° 102. Carnelutti distingue, au contraire de Vizioz, la légitimation passive de la légitimation active (Sistema di diritto processuale civile, t. 1, p. 366.)

(73) Rev. trim. de dr. civ. 1947, p. 81.

Dans le cheminement dialectique du droit objectif, l'action en justice s'inscrit comme un facteur important : elle est la voie judiciaire de la réalisation concrète et du dépassement de la règle juridique positive et de ses finalités (74).

A partir de cette définition, l'action nous est présentée comme la notion centrale du droit judiciaire. Elle recouvre les notions de juridiction et d'instance, que l'on présente, d'ordinaire, comme des notions distinctes et étrangères à la théorie de l'action.

Par quel procédé technique la règle juridique sera-t-elle alors réalisée et, même, dépassée ? Ici, M. Fourneau nous présente l'action en justice comme un jeu de compétences : compétence du juge, mais aussi compétence du demandeur et compétence du défendeur, qui se nouent pour constituer le rapport d'instance !

252. *Les conditions de recevabilité de l'action.* — M. Fourneau passe alors à l'examen des conditions de recevabilité de l'action en justice.

Il examine d'abord la capacité pour ester en justice. Pour lui, la capacité n'est pas une condition abstraite de la validité des actes juridiques ; elle ne varie pas en fonction de la nature intrinsèque de l'acte juridique à accomplir, c'est-à-dire de la demande en justice, mais en fonction de la nature, des finalités de l'action. Les conditions de capacité exigées sont susceptibles de varier avec le type d'action. Il cite alors, entre autres exemples, celui de la mère d'un enfant naturel qui, quoique mineure et habituellement incapable pour ester en justice, peut cependant introduire seule une action en recherche de paternité naturelle, durant la minorité de l'enfant. M. Fourneau en conclut que la capacité apparaît comme un aspect, ou mieux un élément, de la qualité, susceptible de varier avec les buts de l'action (75).

M. Fourneau passe ensuite à l'examen de la question du pouvoir du représentant. La condition de pouvoir du représentant doit être distinguée de la capacité, car la représentation est absolument distincte de la capacité. De même que la capacité est liée au fond de l'action et ne peut donc se distinguer comme telle, de ce que l'on appelle habituellement la qualité du demandeur, la condition de pouvoir du représentant est également intimement liée au fond de l'action. Pour M. Fourneau, il est normal d'intégrer la représentation dans la qualité (76).

(74) Fourneau, Pour une conception objective de l'action en justice, n° 135, p. 173.

(75) Fourneau, op. cit., n^{os} 169 et 183.

(76) Fourneau, op. cit., n^{os} 170, 171 et 183.

Après le pouvoir du représentant, M. Fourneau examine la condition d'intérêt. Il consacre à cette notion des développements importants. Il examine les divers caractères que doit revêtir l'intérêt : il doit être juridique et légitime, né et actuel, direct et personnel. L'essentiel, dans son analyse, est la double fonction qu'il attribue à l'intérêt. Tantôt l'intérêt joue le rôle d'une condition subjective de recevabilité de l'action : il trouve son fondement dans le désir des tribunaux de n'être pas encombrés inutilement. Tantôt l'intérêt est une véritable condition objective de fond, qui ne peut, le plus souvent, être appréciée qu'après un examen plus ou moins complet du fond du litige ; l'intérêt est alors assimilable à un élément du bien fondé de la demande : le fondement de son exigence n'est plus le souci du bon fonctionnement de la justice, mais la tendance à l'efficacité, qui fait partie de la finalité normale de toute action (77).

Reste enfin la condition de qualité. M. Fourneau distingue d'abord deux séries de cas de qualité. Dans une première série de cas, la qualité du sujet de l'action est intimement liée au titre que l'on demande au juge d'établir par sa décision : la seule prétention d'un titre conforme au type d'action engagée suffit à ouvrir l'action. Dans une deuxième série de cas, la qualité ne peut s'analyser autrement qu'en une véritable compétence indépendante de l'issue du procès. Il étudie ensuite les rapports entre représentation, capacité et qualité, pour conclure que la représentation et la capacité sont un des éléments de la qualité. Enfin, il examine les cas de double qualité (78).

203. *La qualité ou compétence comme condition subjective unique de la recevabilité de l'action.* — Au terme de cet examen des conditions de recevabilité, M. Fourneau conclut que la qualité est la condition subjective unique de recevabilité de l'action, tant en la personne du demandeur (79), qu'en la personne du défendeur (80).

La qualité est formée d'éléments divers (capacité, pouvoir du représentant et intérêt) tous très liés aux finalités de chaque type d'action. A chaque type d'action, corerspond une « qualité » dont la physionomie particulière résulte de la synthèse de ces divers éléments. De toutes les conditions de l'action, c'est celle qui peut le plus facilement intégrer les autres.

Enfin, terminant ses développements sur une remarque de terminologie, M. Fourneau propose de remplacer le terme de « qualité » par celui de « compétence », ce dernier terme soulignant le caractère fonctionnel du rôle des sujets de l'action.

(77) Fourneau, op. cit., nos 172 à 176 et 184.
(78) Fourneau, op. cit., nos 176 à 179 et 185.
(79) Fourneau, op. cit., no 179.
(80) Fourneau, op. cit., no 185.

2° *Critique de la théorie de M. Fourneau.*

254. *Critique positive.* — La théorie de M. Fourneau met en lumière certaines difficultés qui paraissaient, jusque là, quelque peu laissées dans l'ombre.

C'est d'abord l'étude de l'idée d'intérêt qui marque un progrès certain. En notant les deux significations de la notion d'intérêt, M. Fourneau a dénoncé l'ambiguïté qui régnait sur cette notion. Il ne conserve dans le domaine des conditions de recevabilité de l'action que l'intérêt entendu comme l'avantage retiré par les plaideurs de l'exercice de l'action.

D'autre part, la distinction entre les cas où la qualité est intimement liée avec le titre que l'on demande au juge d'établir et ceux où elle constitue une véritable compétence indépendante de l'issue du procès correspond bien à la réalité des choses.

255. *Critique négative.* — Cependant la théorie de M. Fourneau encourt de graves critiques :

1° Toutes les actions en justice ne sont pas objectives.

Il existe certes un contentieux objectif, comprenant le recours pour excès de pouvoir et l'Action Publique. Il y a bien alors action objective puisque le but de ces recours est d'assurer le respect de la légalité.

Mais, à côté du contentieux objectif, il existe un contentieux subjectif très important. Il ne s'agit plus alors de sanctionner la violation de la légalité objective, mais de réprimer l'atteinte aux droits subjectifs et aux intérêts juridiquement protégés. Tout le droit judiciaire privé est dominé par l'idée d'action subjective.

2° La notion de compétence chez M. Fourneau n'a pas de signification technique propre. Elle est inutile. En effet, elle est composée d'éléments divers, tels que la capacité, le pouvoir de représentation et l'intérêt, mais elle n'apporte rien de plus à la somme de ces éléments. Elle est un cadre commode d'exposition, mais ne correspond à aucun élément supplémentaire. M. Fourneau se contente de justifier l'utilité de cette notion par une phrase de tournure hégélienne qui n'apporte vraiment aucune lumière supplémentaire : « A chaque type d'action, correspondra une « legitimatio ad causaum » (qualité) dont la physionomie particulière sera la synthèse de ces divers éléments (capacité, représentation, intérêt). Mais la synthèse dépasse la juxtaposition des éléments, qui ne prennent toute leur valeur que par rapport à l'ensemble » ! ! !... (81).

3° Enfin, il faut faire une critique de terminologie à M. Fourneau. Il propose de substituer le terme de « compétence »

(81) Fourneau, op. cit., n° 179.

à celui de « qualité » pour souligner le caractère objectif de l'action. La Cour de Cassation, témoignant que, pour elle, le droit individuel reste le fondement de l'action, conserve le terme « qualité » (82).

256. *Conclusion.* — Au terme de cet examen des théories qui font de la qualité la condition subjective unique de recevabilité de l'action, il faut faire plusieurs constatations.

1° Parmi les deux théories que nous venons d'examiner, celle de Vizioz mérite seule l'attention pour expliquer la notion de qualité. En effet, elle est la seule qui soit fondée sur un examen de notre droit positif et qui tende à rendre compte des faits, tels qu'on les découvre à travers la jurisprudence.

Si intéressante que soit l'étude de M. Fourneau, elle ne constitue qu'une hypothèse, contredite par la réalité des choses. Il n'est pas vrai que toute action est objective, tend principalement à la réalisation et au développement de la règle juridique. Il n'est pas davantage exact que la qualité est une simple compétence attribuée par le droit positif à un certain nombre de personnes, en vue de réaliser cet objectif. Il y a un contentieux objectif (Recours pour excès de pouvoir et Action publique), mais, à côté de celui-ci, il existe un contentieux subjectif important. Si la thèse de M. Fourneau rend assez bien compte du contentieux objectif, elle est inutilisable pour expliquer la qualité dans le contentieux subjectif.

2° La synthèse des conditions subjectives de recevabilité de l'action, opérée autour de la notion de qualité, peut être toujours remise en cause, selon la définition que l'on donne de l'intérêt pour agir en justice.

Il faut donc, devant l'échec des diverses théories, qui ont tenté la synthèse de la recevabilité de l'action, affirmer l'autonomie de la qualité. Cette autonomie s'exprime de deux façons : d'une part, la qualité n'est pas un aspect de l'intérêt ; d'autre part, la qualité n'englobe pas l'intérêt.

Le meilleur moyen de vérifier cette affirmation, c'est de reprendre, dans l'ensemble, le problème des conditions de recevabilité de l'action, pour situer la place qu'occupe la qualité parmi celles-ci. Nous allons, pour cela, suivre soigneusement le plan d'examen que Vizioz proposait dans l'une de ses dernières chroniques à la Revue trimestrielle de Droit civil : envisager, à côté de l'atteinte à des droits subjectifs, la violation de la loi ; trouver une définition de l'intérêt susceptible de s'appliquer à tous les types de procès, préciser la notion de qualité et les rapports entre l'intérêt et la qualité (83).

(82) Cf. obs. Hébraud, Rev. trim. de dr. civ., 1954, p. 140 et 141.

(83) Rev. trim. de dr. civ., 1947, p. 81, obs. Vizioz ; Cf. supra, n° 247.

SECTION II

Les conditions d'existence de l'action

257. *Distinction entre conditions objectives et conditions subjectives.* — Les conditions de recevabilité de l'action peuvent être classées en deux catégories : les conditions objectives, relatives à la prétention soumises à l'examen du juge, et les conditions subjectives, relatives aux personnes qui mettent le juge en contact avec le litige. La qualité se situe parmi ces conditions subjectives : elle est même la condition subjective par excellence.

§ 1er. — *Les conditions objectives de l'action.*

258. *Enumération.* — Les conditions objectives de l'action n'ont été dégagées, comme telles, qu'assez tard par la doctrine. Certains auteurs les distinguaient mal des conditions subjectives (84), d'autres les ont quelque peu laissées dans l'ombre (85). C'est Vizioz qui les a dégagées dans une série de notes à la Revue trimestrielle de droit civil.

Pour que la prétention puisse être examinée par le juge, il faut qu'il s'agisse d'une prétention d'ordre juridique, qui n'ait pas été déjà jugée par une décision devenue définitive, et qui soit présentée dans les délais fixés, par la loi, pour l'exercice de l'action.

A. — LA PRETENTION DOIT ETRE D'ORDRE JURIDIQUE

259. *Définition.* — Sans doute il n'est pas nécessaire que le droit existe pour que la demande soit recevable, puisque l'action a précisément pour objet d'obtenir que le juge statue sur le fond du droit (86). Une simple prétention suffit.

Il faut du moins que cette prétention soit d'ordre juridique.

On peut tout d'abord invoquer un droit subjectif : ainsi par exemple, la victime d'un accident qui réclame, à l'auteur de celui-ci, la réparation du préjudice causé par sa faute, invoque un droit subjectif à réparation.

(88) Cezar-Bru, Précis élém. de proc. civ., t. 1, nos 357-358 ; Glasson et Tissier, Traité théorique et pratique de proc. civ., t. 1, nos 170 et 175.

(85) Morel, Traité élém. de proc. civ., no 26 ; Cuche et Vincent, Précis de proc. civ., no 128.

(86) Cf. supra no 23.

On peut aussi invoquer un simple intérêt, lorsque celui-ci est protégé par la loi : il en est ainsi du syndicat qui agit dans l'intérêt de la profession.

On peut, enfin, prétendre que la loi a été violée : ainsi, la personne qui réclame l'annulation d'une décision de l'Administration, émet une prétention d'ordre juridique, en ce sens qu'elle prétend que la légalité a été violée par l'Administration.

260. *Demandes sans objet.* — Il arrive que la prétention émise par les plaideurs, ne soit pas de celles qui sont prises en considération par le droit.

Cela arrive lorsque la demande peut être rejetée pour défaut d'objet. Il en est ainsi, par exemple, d'une demande en divorce tendant à la dissolution d'un mariage inexistant ; le défaut d'objet de la demande résulte de ce que le divorce suppose un mariage non dissous (87). Il n'y a pas là, comme on l'a cru, un défaut de qualité du demandeur, résultant de ce que, les époux seuls pouvant agir en divorce, celui-ci n'a pas la qualité d'époux (88) : il est, en effet, certain que, si le mariage avait existé, le demandeur aurait eu qualité pour agir en divorce, et même seul qualité.

261. *Demandes contraires à l'ordre public et aux bonnes mœurs.* — Le droit ne prend pas, non plus, en considération les demandes dont l'objet n'est pas licite (89). Il faut donc que la prétention ne soit pas de celles que la loi interdit de soumettre au juge en raison de leur caractère, comme, par exemple, les demandes dont l'objet est contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs (90).

B. — LA PRETENTION NE DOIT PAS AVOIR ETE DEJA JUGÉE

262. *Absence de chose jugée.* — La demande ne doit pas avoir pour but de faire échec au principe de l'autorité de la chose jugée (91).

C'est pour cette raison, par exemple, que doit être déclarée irrecevable l'action en divorce exercée par l'un des époux, après que l'autre ait obtenu un jugement de conversion en divorce sur une séparation de corps antérieurement prononcée, lorsque

(87) Obs. Vizioz, sous Paris, 29 nov. 1946, à la Rev. trim. de dr. civ., 1947, p. 219.

(88) Contra, Paris, 29 nov. 1946, G.P. 1947-1-78.

(89) Req., 15 mars 1911, D. 1911-1-382 ; Civ., 15 nov. 1938 ; S. 1946-2-59, en sous note ; Req., 1er oct. 1940, G.P. 1940-2-146 ; Civ., 27 déc. 1945, G.P. 1946-1-88 ; Trib. civ. Seine, 10 juin 1947, G.P. 1947-2-129.

(90) Obs. Vizioz à la Rev. trim. de dr. civ., 1940-41, p. 313, 1946, p. 266, 1948, p. 94.

(91) Obs. Vizioz à la Rev. trim. de dr. civ., 1940-41, p. 488.

ce jugement est devenu définitif. Il n'y a pas là, à la vérité, de défaut de qualité du demandeur, car il est bien évident que si la chose n'avait pas été déjà jugée, il aurait eu qualité et seul qualité pour agir (92).

Si, au contraire, le jugement antérieur à la demande n'est pas devenu définitif, l'action est recevable (93).

263. *Sanction.* — Quelle est alors la sanction de la demande ayant même objet et même cause que celle qui a été déjà jugée ?

Après avoir tenu le moyen tiré de l'autorité de la chose jugée comme une simple exception de procédure d'intérêt privé, devant être soulevée « in limine litis », avant toute défense au fond (94), la Cour de Cassation lui reconnaît le caractère d'une fin de non recevoir, pouvant être soulevé en tout état de cause, même pour la première fois en appel (95). De toute façon, ce moyen n'est pas d'ordre public et ne peut être invoqué pour la première fois en Cassation. (96).

C. — LA PRETENTION DOIT ETRE PRESENTÉE DANS LES DELAIS LEGAUX

264. *Sanction de l'expiration des délais.* — Les délais doivent être respectés. La prescription peut être considérée comme éteignant, non le droit, qui survit sous forme d'obligation naturelle, mais l'action (97) ; dès lors, la sanction de la prescription semble devoir être une fin de non recevoir, notion dont la définition matérielle la plus plausible tient dans l'idée d'une déficience du droit d'action.

§ 2. — *Les conditions subjectives de l'action.*

Les conditions subjectives de l'action sont l'intérêt et la qualité.

A. — L'INTERET

265. *Plan.* — Pour que l'action soit recevable, on exige tout d'abord que les sujets de l'action aient intérêt pour agir en

(92) Contra Lyon, 4 déc. 1951, D. 1952-J-202 ; Giverdon, La qualité condition de recevabilité de l'action en justice, D. 1952, p. 85 : cet auteur introduit son article à partir de la décision erronée de la Cour de Lyon.

(93) Cf. Paris, 13 mai 1904, G.P. 1905-1-34 ; voir encore Trib. Civ. Chollet, 10 fév. 1954, D. 1954-J-321.

(94) Civ., 6 nov. 1940, S. 1941-1-48 ; Civ., 24 mars 1942, D.A. 1942-1-97.

(95) Rev. trim. de dr. civ., 1950, p. 536, obs. Hébraud.

(96) C.E., 30 oct. 1950, Rec. Leb. 1950, p. 845.

(97) Rev. trim. de dr. civ., 1944, p. 262, obs. Vizioz, 1952, p. 176, obs. Carbonnier.

justice. Il faut d'abord préciser la notion d'intérêt, puis en indiquer les caractères, et enfin rechercher le fondement de cette règle.

1° *Définition de l'intérêt pour agir en justice.*

266. *Les deux sens du mot intérêt.* — La notion d'intérêt est ambiguë. Nous l'avons déjà laissé entendre dans les critiques que nous avons faites aux diverses théories qui ont tenté de faire la synthèse des conditions subjectives de recevabilité de l'action. Cette ambiguité a été l'une des pierres d'achoppement les plus lourdes de ces diverses tentatives (98).

Il faut maintenant reprendre cette question dans son ensemble.

Qu'est-ce que l'intérêt pour agir en justice ?

On répond parfois que c'est la cause de l'action, et d'autrefois que c'est le but de l'action.

267. *L'intérêt, cause de l'action.*

Souvent, on entend par intérêt la cause de l'action (99). Il en est ainsi lorsque l'on dit, par exemple, que le mineur a seul intérêt pour demander la nullité des actes juridiques, qu'il ne pouvait pas faire, en raison de son incapacité. Il en va de même quand on dit que le syndicat agit pour faire cesser l'atteinte apportée à l'intérêt de la profession qu'il prétend représenter.

En pareil cas, on entend, par intérêt, l'un des éléments du droit subjectif ou, exceptionnellement, l'avantage reconnu à une personne, ou à une collectivité, que la loi protège en tant que tel.

Ce peut être tout d'abord l'un des éléments du droit subjectif. Le droit subjectif est le pouvoir, qui appartient à une ou plusieurs personnes, d'exiger d'une ou plusieurs autres la satisfaction et le respect d'un avantage qui lui est reconnu par la loi. Cet avantage, que l'on appelle encore intérêt, est donc l'un des éléments du droit subjectif.

Mais, il arrive que certains intérêts, sans être considérés comme des droits subjectifs, soient judiciairement protégés. C'est le cas de l'intérêt d'une profession. Là encore, il s'agit d'un avantage reconnu et sanctionné par la loi.

Lorsqu'on définit l'intérêt de cette manière, dire qu'il faut avoir intérêt pour agir, c'est en somme dire qu'il faut avoir un droit subjectif, ou, tout au moins, un intérêt juridiquement protégé. C'est réintroduire l'idée de droit, comme condition d'existence de l'action subjective.

(98) Cf. supra, nos 235, 244 et 250.

(99) Japiot, Traité élém. de proc. civ. et comm., n° 66 ; H. Mazeaud, La lésion d'un intérêt légitime juridiquement protégé, condition de la responsabilité civile, D. 1954, chronique p. 41 et 42.

Or, rien n'est plus inexact puisqu'il n'est pas nécessaire d'avoir un droit pour agir. Il suffit d'en invoquer un. La question de l'existence du droit est la question du bien-fondé de la demande, et non pas une question d'existence de l'action.

Ainsi, il faut rejeter la notion d'intérêt-cause de l'action du domaine de la recevabilité de l'action.

268. *L'intérêt, but de l'action.* — On entend encore par intérêt le but poursuivi par les sujets de l'action (100).

Ici, on ne regarde plus le fondement de l'action. On ne considère plus l'existence d'un droit subjectif ou d'un intérêt juridiquement protégé. On se tourne, au contraire, vers le but que poursuivent les plaideurs en saisissant le juge d'un litige déterminé : la solution de la contestation née sur l'existence et l'étendue d'un droit ou d'un intérêt.

On peut alors parler d'intérêt pour agir en justice, d'intérêt pour s'adresser à l'autorité de justice, puisqu'on entend par là que les sujets de l'action poursuivent un avantage en demandant au juge de rétablir la certitude sur le droit, contesté un moment par le défendeur.

Ainsi entendu, l'intérêt est bien une condition d'existence de l'action en justice. C'est l'intérêt à obtenir la solution de la contestation entretenue par une personne, sur un droit (101).

Cette notion de l'intérêt, d'ailleurs, est générale puisqu'elle convient, aussi bien au contentieux objectif, qu'au contentieux subjectif.

L'intérêt, entendu comme la cause de l'action, n'avait de sens que dans le contentieux subjectif. Il n'y a, en effet, que dans cette sorte de contentieux que l'on fonde l'action sur un droit subjectif ou sur intérêt juridiquement protégé. En revanche, lorsqu'il s'agit de rétablir la légalité violée, on ne peut plus parler d'intérêt, cause de l'action, puisque le fondement de l'action est la violation de la légalité objective. Lorsqu'on définit, au contraire, l'intérêt comme l'avantage poursuivi en saisissant le juge, il est bien certain que cet avantage existe, non seulement lorsqu'il s'agit de reconnaître et de sanctionner un droit subjectif et un intérêt juridiquement protégé, mais encore lorsqu'on poursuit le rétablissement de la légalité. Dans les deux cas, il s'agit de résoudre une contestation.

269. *Définition de l'intérêt.* — C'est cette deuxième conception de l'intérêt, l'intérêt-but de l'action, que nous allons es-

(100) Japiot, Traité élém. de proc. civ. et comm., n° 66 ; H. Mazeaud, La lésion d'un intérêt légitime juridiquement protégé, condition de la responsabilité civile, D. 1954, chronique p. 41 et 42.

(101) Comparer, Chiovenda, Istituzioni di diritto processuale civile, t. 1, n° 19, p. 59, qui parle de « l'intérêt à obtenir un bien par l'intermédiaire des organes judiciaires », en précisant qu'il peut y avoir un intérêt sans qu'il soit nécessaire de recourir à la justice.

sayer de définir puisqu'en réalité, c'est d'elle qu'il s'agit lorsqu'on pose comme condition d'existence de l'action, l'intérêt pour agir en justice.

L'intérêt pour agir en justice est l'avantage poursuivi devant le juge, en réclamant la reconnaissance du bien fondé d'une prétention. Il n'y a d'intérêt que s'il y a une contestation.

Comme le terme « intérêt », tel qu'il est employé dans la doctrine moderne, prête à confusion, il nous paraît préférable d'utiliser le terme « avantage ».

2° *Caractères de l'intérêt pour agir en justice.*

270. a) *Avantage juridique.* — L'avantage poursuivi devant le juge doit présenter un certain nombre de caractères pour ouvrir l'action.

Il faut d'abord un avantage juridique (102), c'est-à-dire qu'il faut que l'avantage, poursuivi en justice, se rattache à la prétention soumise à l'examen du juge.

Ainsi la jurisprudence déclare irrecevable l'action en nullité de société, exercée par un concurrent, parce que, ce qui porte atteinte aux intérêts du concurrent, ce n'est pas l'existence d'une société nulle mais la présence, à côté de lui, d'une société qui exerce le même commerce, alors que, cependant, elle peut être régulièrement constituée. A la différence de ce qui arrive pour ls créanciers de la société par exemple, ce n'est pas l'annulation de la société qui lui procure un avantage, mais la disparition de toute société concurrente, régulière ou non.

Le défaut d'avantage juridique à la nullité de la société apparaît très nettement lorsque la nullité invoquée peut être couverte dans le délai laissé par les juges à celle-ci : il est ici évident que la disparition de la cause de nullité ne procure aucun avantage au concurrent, parce que, précisément, elle ne se rattache pas à la prétention invoquée.

271. b) *Avantage pratique.* — La jurisprudence déclare irrecevable, les actions qui sont exercées sans qu'il y ait de contestation entre les parties : le juge n'est pas fait pour rendre un simple avis théorique (103). Cependant, le législateur admet par exception, la recevabilité de certaines actions déclaratoires, telles que l'action en déclaration de nationalité des personnes physiques (104).

Il faut rattacher à cette idée la règle « de minimis non curat praetor » : l'avantage en jeu y est si minime qu'il ne présente,

(102) Cf. Brulliard, Proc. civ., n° 29 ; Morel, Traité élém. de proc. civ., n° 29.

(103) Brulliard, Proc. civ., n° 28.

(104) Batiffol, Traité élémentaire de droit international privé, n° 157.

en définitive, aucun caractère pratique (105). Cette règle se traduit, en droit pénal, par le principe dit de l'opportunité des poursuites, qui permet de ne pas poursuivre des délits légalement constitués, mais trop peu graves (106). C'est encore cette règle que la jurisprudence semble appliquer, lorsqu'elle déclare irrecevable l'action du Ministère Public en matière civile, dans les affaires qui intéressent moins l'ordre public que l'honneur et le repos des familles : tel est le cas de l'action en contestation de reconnaissance de la filiation naturelle. Enfin, en droit administratif, le Conseil d'Etat applique cette idée pour déclarer irrecevable le recours pour excès de pouvoir formé par un fonctionnaire contre les règles d'organisation d'un service public établies principalement dans l'intérêt de l'administration et des services publics, et accessoirement dans l'intérêt des fonctionnaires (107).

272. c) *Avantage actuel.* — Il faut que l'avantage se produise au moment de la décision, intervenue sur le bien fondé. Si cet avantage doit se produire plus tard, il n'y a pas d'intérêt actuel, car la contestation n'existe pas encore (108).

Il existe une action où l'existence d'un intérêt actuel ne permet cependant pas d'agir immédiatement : c'est l'action en nullité et en réduction du partage d'ascendant. Bien que le partage soit antérieur au décès de l'ascendant, l'action n'est ouverte qu'au décès de celui-ci. C'est le souci de respecter les ascendants qui a inspiré cette règle au législateur (109).

273. d) *Avantage personnel.* — L'avantage, qui résulte de la décision sur le bien fondé, doit se réaliser dans la personne du titulaire du droit litigieux déduit en justice.

Lorsque l'action est exercée par le titulaire du droit litigieux, il est évident que, par cela même qu'il doit être personnel au titulaire du droit, l'avantage est personnel au sujet de l'action, puisqu'il y a identité entre celui-ci et le titulaire du droit.

Lorsqu'à l'inverse, l'action est exercée par une autre personne que le titulaire du droit litigieux, la condition d'intérêt personnel présente quelques difficultés : elle peut vouloir signi-

(105) Voir Demogue, Traité des obligations, t. 4, n° 285 ; C.E., 13 janvier 1911, D. 1913-3-5.

(106) Donnedieu de Vabres, Traité de droit criminel, n° 259, note 4, n° 1091 note 3.

(107) C.E., 17 fév. 1950, Moerlhé, D. 1950-J-485, conclusions Guionin.

(108) Pour de plus amples développements de la règle d'intérêt actuel, voir par exemple Morel, Traité élém. de proc. civ., n°s 30 et suivants.

(109) Ripert et Boulanger, Traité élém. de dr. civ. de Planiol, t. 3, n°s 3978 et suivants.

fier en effet, soit que l'avantage doit être personnel au titulaire du droit qui n'est pas sujet de l'action, soit qu'il doit se réaliser dans la personne des sujets de l'action eux-mêmes.

Il faut poser en règle générale que l'avantage doit être, dans tous les cas, personnel au titulaire du droit déduit en justice, qu'il y ait représentation, subrogation ou prérogative fonctionnelle. Il faut cependant remarquer, encore, qu'un avantage doit, au cas de subrogation dans le pouvoir d'action, se réaliser aussi en la personne du demandeur. Cet avantage personnel, qui est une condition de la subrogation, doit être distingué, évidemment, de celui que retire de l'action le titulaire du droit.

Cette analyse n'est cependant valable que pour le contentieux subjectif. Au cas de contentieux objectif, en effet, il n'y a pas de titulaire du droit litigieux, puisque le demandeur réclame le rétablissement de la légalité violée. Le caractère personnel de l'intérêt ne peut alors s'apprécier que relativement aux sujets de l'action : c'est là, en effet, que l'on peut admettre l'analyse des auteurs qui font de la qualité l'aspect personnel de l'intérêt, sauf exceptions au cas de représentation ou de prérogatives fonctionnelles (action du Ministère Public, du syndicat dans l'intérêt de la profession, etc...).

274. e) *Avantage direct.* — Il faut enfin que l'avantage obtenu se réalise directement dans la personne ou dans le patrimoine du demandeur. Dans le contentieux subjectif, la condition d'intérêt direct n'est valable que pour le titulaire du droit. Il est, en effet, évident que, dans les cas de subrogation dans le pouvoir d'action, où on exige un intérêt personnel au *subrogé*, celui-ci ne se produit pas directement dans son patrimoine, mais seulement indirectement, à travers le patrimoine du titulaire du droit que le subrogé a fait valoir en justice.

3° *Fondement de la notion d'intérêt.*

275. *Le bon fonctionnement de la justice.* — Quel est le fondement de l'exigence d'un intérêt pour agir ?

Il semlbe que la raison la plus vraisemblable, pour laquelle la jurisprudence exige que les sujets de l'action aient intérêt, réside dans le souci d'éviter l'encombrement des juridictions, de ménager le temps des juges, les deniers de l'Etat et d'empêcher de naître des contestations inutiles et vexatoires (110). Cette idée ressort, avec netteté, de la jurisprudence du Conseil d'Etat sur la recevabilité du recours pour excès de pouvoir. Elle justifie, encore, les nombreuses décisions des juridictions judiciaires qui déclarent irrecevables les actions sans intérêt.

(110) Morel, Traité élém. de proc. civ., n° 27, p. 31 ; Fourneau, Pour une conception objective de l'action en justice, n° 174.

B. — LA QUALITÉ

276. *Idée générale.* — La qualité est enfin la dernière condition d'existence de l'action. Elle constitue, comme nous l'avons démontré (111) une condition autonome de l'action, irréductible à toute autre notion. Si difficile qu'elle soit à préciser, il faut cependant la considérer comme une notion indépendante. Après cela, il importe de préciser les rapports qu'elle entretient avec l'intérêt.

277. *La notion de qualité.* — La qualité est, nous l'avons dit (112), le titre, requis des plaideurs par le droit positif, pour mettre le juge en contact avec le fond d'un litige.

Ce titre peut être de nature différente. Il n'y a pas une seule espèce de qualité. La notion de qualité recouvre des hypothèses diverses. A qualité non seulement le titulaire du droit, mais aussi son représentant, celui qui est subrogé dans ses droits, et l'organe doué d'une prérogative fonctionnelle par l'effet de la loi.

278. *Rapports entre l'intérêt et la qualité.* — Si la qualité ne doit pas être confondue avec l'intérêt, il n'en reste pas moins que ces deux notions entretiennent des rapports assez étroits. Il n'y a rien là d'étonnant puisque ce sont deux conditions d'existence de l'action, relatives aux sujets de celle-ci.

L'aspect de l'intérêt, avec lequel la qualité entretient le plus de rapport, est son « aspect personnel ». Dans le contentieux subjectif, il arrive assez souvent que la personne qui a qualité, a, en même temps, un intérêt personnel à l'action. Il en est ainsi lorsque l'action est exercée par le titulaire du droit litigieux, ou par son subrogé. Est-ce à dire que la qualité n'est pas autre chose que l'aspect personnel de l'intérêt ? Certainement pas car, une chose est être titulaire d'un droit ou subrogé du titulaire, autre chose est avoir un avantage quelconque à s'adresser au juge pour obtenir la solution d'une contestation sur l'existence ou l'étendue du droit dont on est le titulaire ou que l'on peut faire valoir par subrogation. A l'inverse, faut-il dire que l'intérêt est un élément de la qualité ? Non plus, car, si l'on a qualité alors même qu'aucune contestation n'est née sur un droit, l'intérêt n'apparaît qu'avec la contestation.

D'autre part, il arrive que la qualité et l'intérêt n'appartiennent pas à la même personne. Il en est ainsi au cas de représentation et d'actions exercées en vertu de prérogatives fonctionnelles. Il n'y a plus, alors, de rapport entre l'intérêt et la qualité.

(111) Cf. supra, n° 256.
(112) Cf. supra, n° 12.

Il n'y a guère qu'en matière de recours pour excès de pouvoir que la qualité se confond avec l'intérêt. A qualité, celui qui a un intérêt personnel. La qualité est ici, et ici seulement, l'aspect personnel de l'intérêt.

Il existe un autre aspect de l'intérêt avec lequel la qualité entretient quelque rapport. Il s'agit de l'intérêt né et actuel. Nous avons vu en effet qu'au cas d'action déclaratoire, la détermination de la personne qui est qualifiée passivement pour exercer cette action doit se faire en fonction de l'appréciation de l'existence d'un intérêt né et actuel (113).

(113) Cf. supra, nº 53.

Chapitre II

LA QUALITE ET LE FOND DU LITIGE

279. *Danger de confondre les deux questions.* — On a souvent noté que la qualité est intimement liée au fond du litige (1), ou mieux au contenu même de la prétention soumise à l'examen des juges (2).

Les rapports étroits, entretenus par la notion de qualité avec le fond du droit litigieux, trouvent leur explication dans le fait que l'action et le droit substantiel ne sont pas dans la réalité séparés ni étrangers l'un à l'autre, mais, bien au contraire, liés entre eux par une corrélation téléologique. L'action a en effet pour fonction de permettre au juge de résoudre la contestation entretenue par les parties autour du droit substantiel, et par là, de réaliser le droit lui-même (3).

De la sorte, il est possible de confondre les questions qui touchent au pouvoir d'agir, avec celles qui se rapportent au fond du litige, et, ainsi, de considérer comme une question de qualité, une question qui relève, en réalité, du contenu même de la prétention, et inversement. Cela explique que, en pratique, il arrive souvent que la question de l'appartenance subjective de l'action soit résolue, implicitement, avec la question de l'existence objective de cette action, parce que la qualité des sujets de l'action ne fait pas problème (4). Cela explique encore que, dans une certaine doctrine, on confonde la qualité avec le droit lui-même (5).

Dès lors, il devient indispensable de délimiter le domaine

(1) Cass. Civ., 6 oct. 1953, J.C.P. 1953-II-7853, note G.M. ; Crim., 4 juin 1941, S. 1944-1-138 ; voir encore note Batiffol au S. 1944-1-134, colonne 2 ; Rev. trim. de dr. civ., 1948, p. 241, obs. Vizioz. Giverdon, La qualité, condition de recevabilité de l'action en justice, D. 1952, chronique p. 85 et suivantes ; Rev. trim. de dr. civ., 1954, p. 139 et suivantes, obs. Hébraud.

(2) Rev. trim. de dr. civ., 1948, p. 242 in fine, obs. Vizioz.

(3) En ce sens voir, Betti, Legittimazione ad agire et rapporte sostenziale, in giurisprudenza italiana, 1949-1, p. 763 ; Cf. Morel, Traité élém. de proc. civ., n° 25 ; Fourneau, Pour une conception objective de l'action en justice, p. 173.

(4) Japiot, Traité élém. de proc. civ. et comm., n° 70 ; Cf. supra n° 36.

(5) Cf. supra n° 236 et suivants.

de la qualité par rapport à celui du fond du litige. Après quoi, il sera possible de préciser comment la qualité est liée au fond du droit.

SECTION I

Délimitation du domaine de la qualité relativement au fond du litige

280. *Plan.* — Il faut distinguer entre les cas où la qualité est attribuée au titulaire du droit litigieux et ceux où la qualité des sujets de l'action résulte d'un titre de nature différente. Alors que, dans ces dernières hypothèses, la délimitation de la question de qualité relativement au fond du droit ne donne pas lieu à difficultés, au cas où la qualité résulte de la titularité du droit, au contraire, la délimitation des deux domaines est très délicate à faire.

§ 1er. — *Cas où la qualité appartient à une autre personne que le titulaire du droit.*

281. *Distinction entre la qualité et le fond.* — Dans une première série d'hypothèses, la distinction entre la question de qualité et la question du fond du droit a toujours été faite clairement, par la doctrine comme par la jurisprudence. Ce sont les cas de subrogation dans le pouvoir d'action, de représentation et de prérogatives fonctionnelles.

Ainsi, on n'a jamais présenté l'exigence d'un titre de créance pour exercer l'action oblique comme une condition de succès de la demande, car il est bien évident que la reconnaissance et la sanction, par le juge, du droit d'une personne ne dépend, en rien, de ce que celle-ci est susceptible d'avoir des créanciers qui peuvent exercer ses actions à sa place. De même on n'a jamais soutenu que l'existence d'un droit sur la tête du représenté était conditionnée par l'attribution, au représentant, du pouvoir d'agir en justice. Enfin, il est certain que le succès de l'action dans l'intérêt d'une collectivité (profession, famille) ne dépend pas de ce que le demandeur a la compétence nécessaire pour soumettre au juge le fond du litige.

282. *Conséquences excessives.* — La dissociation entre la question de qualité et la question substantielle a même été si bien vue par les partisans des doctrines substantielles de l'action, que ceux-ci ont classé les questions de subrogation, de représentation et de compétence de l'organe, non dans les conditions d'existence de l'action, mais dans les conditions de validité de l'instance, en niant, par cela même, que ces questions

puissent entrer dans l'étude de la qualité. Chiovenda semble avoir exprimé le mieux cette manière de voir, par la distinction entre ce qu'il appelle la « legittimazione ad agire » et la « legittimazione ad processum » : ainsi la subrogation dans le pouvoir d'action (sostituzione processuale) et la représentation en justice seraient des éléments de la « legittimazione ad processum » et donc des conditions du procès ; ces deux éléments se rapprocheraient ainsi singulièrement de la capacité pour ester en justice (capacita processuale), qui appartient aussi au domaine des conditions de validité du rapport de l'instance (pressuposti processuali) (6). Morel, s'il étudie encore les cas de subrogation et ceux de compétence des organes publics ou semi-publics (Ministère Public, syndicats, associations), dans la question de qualité qui se traduit pour lui par la règle de l'intérêt personnel, analyse la représentation dans les conditions de validité de l'instance, en même temps que la capacité requise pour plaider en son nom propre (7). M. Giverdon (8), quoiqu'il entende la définition de l'action non au sens substantiel, mais au sens processuel du terme (9), se rallie à l'opinion des auteurs cités précédemment, sans s'apercevoir, semble-t-il, de la contradiction que renferme son analyse de la qualité au regard de la définition de l'action. Celui-ci développe l'idée que dans les cas d'action du représentant et des organes publics ou semi-publics, il y a dissociation entre la qualité et le pouvoir du représentant ou la compétence de l'organe. Tandis que le pouvoir de représentation s'apprécie sur la tête du représentant et la compétence sur celle de l'organe, à l'inverse, la qualité doit être appréciée en la personne du représenté, ou de la collectivité bénéficiaire de l'activité de l'organe compétent. De la sorte, la qualité reste intimement liée au fond du litige, comme elle l'est lorsque le demandeur agit en son nom propre. Au contraire, l'appréciation de l'existence du pouvoir, ou de la compétence, est indépendante de la question substantielle, mais doit s'apprécier en fonction de l'organisation des pouvoirs du représentant légal ou de l'organe, et, au cas de représentation conventionnelle, en fonction de la délégation de pouvoir

(6) Chiovenda, Istituzioni di diritto processuale civile, t. 1, n° 18, p. 53-54, n°s 19 et suivants, p. 59 et suivantes. Dans le même sens, Nuovo digesto italiano, V° Legittimazione processuale, par Costa et Vizioz dans sa première opinion, Etudes de procédure, t. 1, p. 43.

(7) Morel, Traité élém. de proc. civ., n° 312 ; en ce sens Brulliard, Proc. civ., n° 36.

(8) Giverdon, La qualité, condition de recevabilité de l'action en justice, D. 1952, chronique p. 86.

(9) Il définit en effet l'action comme « un pouvoir général et impersonnel, appartenant à chacun de s'adresser aux organes juridictionnels à l'effet de les obliger à statuer sur le fond d'un procès », op. cit., p. 85.

qui a été consentie au représentant par le représenté (10). Ainsi, M. Giverdon rejoint, par sa conception de la qualité, les partisans de la doctrine substantielle de l'action.

Nous ne ferons pas ici la critique de la doctrine qui situe les hypothèses examinées non dans les conditions d'existence de l'action, mais dans les conditions de validité du rapport d'instance (11).

283. *Lien avec le contenu de la prétention.* — Il importe, cependant, de remarquer ici que ces cas de qualité sont dans une certaine manière liés au contenu de la prétention.

a) Il en est ainsi, d'abord, pour les cas de représentation. Cela est bien évident en matière de représentation conventionnelle. En effet, on exige toujours un mandat spécial, « ad litem » : ainsi se traduit le lien qui unit les sujets de l'action au contenu de la prétention.

Cela est encore vrai dans le domaine de la représentation légale. Lorsqu'il y a par exemple représentation d'un incapable, l'organisation des pouvoirs des représentants, en matière d'action en justice, dépend, précisément, des diverses catégories de prétentions possibles. C'est pourquoi, il y a des cas où le représentant doit être pourvu d'une autorisation spéciale, comme l'autorisation du conseil de famille, pour exercer les actions immobilières relatives aux biens du mineur (Code civil, article 464) et pour provoquer un partage de biens dont le mineur est co-indivisaire (Code civil, article 465). D'autre part, la nature de la prétention peut entraîner l'exclusion de toute action du représentant de l'incapable : l'action en recherche de paternité naturelle ne peut être introduite, pendant la minorité de l'enfant, que par la mère de celui-ci, même quand elle est encore mineure (12).

b) Il en est ainsi, encore, pour le cas d'actions fonctionnelles (13). Ainsi, en matière civile, le Ministère Public ne peut agir que dans les procès où l'ordre public est directement intéressé. C'est pourquoi la Cour de Cassation l'a déclaré irrecevable à exercer l'action en contestation de reconnaissance de la filiation naturelle parce qu'une telle question touche, moins à l'ordre public, qu'au repos et à l'honneur des familles (14).

Au cas d'action syndicale, la compétence de l'organe s'appré-

(10) Giverdon, La qualité condition de recevabilité de l'action en justice, D. 1952, chronique p. 87.

(11) Cf. infra, nos 306 et suivants.

(12) Amiens, 7 juin 1948, G.P. 1948-2-176, et Cass. civ., 6 oct. 1953, J.C.P. 1953-II-7853, note Madray.

(13) Rev. trim. de dr. civ., 1948, p. 242, obs. Vizioz.

(14) Civ., 17 déc. 1913, D. 1914-1-261, note Binet, S. 1914-1-153, note Ruben de Couder ; Trib. Seine, 3 fév. 1948, J.C.P. 1948-IV-616, note Desbois ; Cass. Civ., 10 juin 1953 , Bull. Cass. Civ. 1953, I, no 196.

cie encore par référence au contenu de la prétention, à la question substantielle sur laquelle porte le litige, car l'activité des groupements professionnels est limitée à la défense des intérêts de la profession, et ne peut donc pas s'étendre à des affaires étrangères à celle-ci (15). C'est pourquoi l'action des syndicats a été déclarée irrecevable au cas d'action en nullité d'élection à une commission de gestion de caisse de retraite (16), ou au bureau d'un conseil d'administration de caisse de sécurité sociale (17), et d'action en réparation de faits pouvant porter préjudice à l'intérêt collectif des caisses d'allocations familiales (18).

D'autre part, dans le domaine spécial de la profession de fonctionnaire, il faut tenir compte des règles d'organisation supérieure, qui attribuent compétence à un organe mieux qualifié que le syndicat. La jurisprudence ancienne l'avait déjà affirmé en matière d'actions d'associations de fonctionnaires, lorsque les syndicats de fonctionnaires n'avaient pas d'existence licite. La proclamation de la liberté syndicale des fonctionnaires par la loi du 17 octobre 1946 et l'extension, en vertu de cette même loi, à leurs syndicats, des pouvoirs conférés, par la loi du 12 mars 1920, aux autres syndicats professionnels, ont fait penser que cette conception était périmée. Mais un arrêt récent du Conseil d'Etat a rappelé, dans une affaire qui intéressait la détermination des fonctions des magistrats, que les fonctionnaires ne peuvent critiquer que les mesures qui portent directement atteinte à leur statut, et non celles qui concernent l'organisation de la fonction ou de l'administration, l'exercice des recours contre ces dernières mesures étant de la compétence exclusive de l'Etat (19).

c) Enfin au cas de subrogation dans le pouvoir d'agir, la qualité du subrogé dépend aussi d'une certaine manière du contenu de la prétention. Il suffit, là-dessus, de renvoyer, par exemple, à la nature des actions qui peuvent être exercées par la voie oblique. Puisque les créanciers ont le pouvoir d'exercer les actions qui ne sont pas exclusivement attachées à la personne de leur débiteur, par là se révèle le lien entre la qualité et le contenu de la prétention.

(15) Crim., 17 nov. 1927, D.H. 1928-37.

(16) Bordeaux, 6 juin 1922, G.P., Table quinquennale, 1920-25, V° Action, n° 3.

(17) Commission de 1re instance de Sécurité Sociale de Nancy, 2 août 1950, Droit Social 1951-285, et de Paris, 1er fév. 1951, G.P. 1951-2-11 ; Rev. trim. de dr. civ., 1951, p. 417, obs. Hébraud.

(18) Trib. Paix Bordeaux, 17 mars 1952, G.P., Table quinquennale, 1952-I, V° Syndicat professionnel, n° 3.

(19) C.E., 21 nov. 1952, D. 1953-J-57, J.C.P. 1953-II-7345, note Sauvageot.

§ 2. — *Cas où la qualité appartient au titulaire du droit.*

284. *Difficultés de distinguer, dans ces cas, la qualité du fond du litige.* — Lorsque la qualité des sujets de l'action résulte de ce que la titularité du droit leur appartient, on se heurte à de graves difficultés pour délimiter le domaine de la qualité par rapport au fond du droit.

Par exemple, on peut se demander si la question de savoir si l'action en responsabilité, résultant de l'inexécution du contrat de transport par le transporteur, appartient, après l'enlèvement de la marchandise, à l'expéditeur ou au destinataire de la marchandise, est une question de qualité ou une question de fond qui touche au succès de la demande. Il en est de même pour la question de savoir si l'action en rescision pour lésion dans la vente d'un immeuble grevé d'usufruit, appartient au propriétaire ou à l'usufruitier.

Il ne faut pas croire qu'il s'agisse là de cas particuliers, exceptionnels : la difficulté de délimitation a une portée très générale, elle s'applique à toutes les hypothèses où le sujet de l'action agit en qualité de titulaire du droit.

A. — LES OPINIONS QUI TENDENT A CONFONDRE LA QUALITÉ ET LE FOND

1° *La question de l'appartenance du droit serait une question de fond.*

285. — On a dit qu'il y avait là une question de fond concernant l'appartenance du droit, né de l'obligation mise en cause (20). L'attribution de la titularité du droit devrait être considérée comme une condition de succès de la demande. C'est ainsi que l'on a présenté parfois l'exigence d'un intérêt légitime juridiquement protégé, comme une condition de la responsabilité civile exigée au même titre que la faute, le dommage et le lien de causalité entre ces deux éléments pour que l'action puisse triompher devant les juges (21).

Ainsi une décision a déclaré recevable l'action exercée, en son nom propre, par un co-héritier pour obtenir le paiement intégral d'une créance héréditaire, parce qu'on ne peut distinguer l'existence du droit déduit en justice de celle qui concerne son appartenance au demandeur : cette dernière question affec-

(20) Betti, Legittimazione ad agire e rapporto sostenziole, in Giurisprudenza italiana, 1949, I, p. 763 ; note Allorio, sous Cass. Italienne, 4 juin 1952, Giurisprudenza Italiana, 1952, I, p. 101. Voir encore, Rocco, La legittimazione ad agire, p. 83.

(21) Cf. H. Mazeaud, La lésion d'un intérêt légitime juridiquement protégé, D. 1954, chronique p. 39.

terait non le pouvoir d'action, mais concernerait véritablement le bien fondé de la demande (22).

2° *La qualité, quoique distincte du fond, s'examinerait dans le fond du procès.*

286. — D'autres auteurs, sans nier qu'il y ait là une question de qualité, aboutissent en définitive à un résultat analogue, en enlevant, à celle-ci, sa nature de « condition d'existence de l'action » autonome, pour en situer l'examen dans celui du fond du procès.

M. Giverdon observe qu'il est délicat de faire la distinction entre la recevabilité de l'action, en tant que telle, et l'examen du bien fondé. Il en rend responsable la qualité. Il affirme, en effet, que si, logiquement, l'examen du fond ne devrait venir qu'une fois tranchée la question de recevabilité de l'action, dans la réalité ces deux opérations, logiquement distinctes, sont, en fait, confondues, parce que la qualité, élément d'appréciation de la recevabilité, suppose déjà l'examen du bien fondé (23).

M. Fourneau, de son côté, prétend que souvent la « qualité est, en quelque sorte, l'objet même du procès », tant du côté du demandeur (24) que du côté du défendeur (25), de sorte que, par la force des choses, le juge ne pourra pas ici vider la question « de plano », avant l'examen du fond, mais devra joindre la question de qualité à l'examen même du bien fondé (26).

La jurisprudence, de son côté, adopte quelquefois un point de vue semblable, en considérant la question de qualité comme une question de bien fondé de la demande. Ainsi, une décision a jugé que celui qui agit en contestation de sincérité d'une reconnaissance de filiation naturelle, établit qu'il était qualifié pour agir, dès lors qu'il prouve qu'il est le père véritable de l'enfant (27).

Ainsi, pour établir leur qualité, on exige des sujets de l'action une preuve beaucoup plus ample et plus difficile à fournir que celle qu'il est nécessaire de rapporter, dans les hypothèses

(22) Cass. Italienne, 31 mars 1939, Giurisprudenza Italiana, 1949, I, p. 764.

(23) Giverdon, La qualité, condition de recevabilité de l'action en justice, D. 1952, chronique p. 87.

(24) Fourneau, Pour une conception objective de l'action en justice, n° 176.

(25) Fourneau, op. cit., n° 185.

(26) Fourneau, op. cit., n° 102.

(27) Cass. Italienne, 15 juin 1948, Foro Italiano, 1948, I, p. 494, obs. Stella Richter ; Rivista di diritto processuale, 1951, II, p. 72, obs. Montesano.

où la question de qualité est nettement distincte de celle du fond (28).

Mais alors, on s'enferme dans une contradiction insoluble. Si, en effet, la qualité est une des conditions nécessairement exigée pour que le juge doive examiner le fond du litige, il paraît impossible d'expliquer comment le juge peut procéder à l'examen du fond, puisque la qualité ne peut être vérifiée qu'en même temps que le bien fondé. C'est, sans doute, pourquoi on a soutenu que la seule prétention d'un titre conforme au type d'action engagée suffit à obliger le juge à statuer sur le fond (29), en donnant à la qualité une signification toute différente de celle qui résulte de l'idée selon laquelle elle serait « l'objet du procès ». Outre la contradiction que contient la thèse de M. Fourneau, pour qui la qualité est, tour à tour, le simple fait d'émettre la prétention d'un titre suffisant et l'objet même du procès, cette manière de voir enlève à la qualité toute son utilité. En en faisant l'objet du procès, la qualité était absorbée dans le domaine du bien fondé; et la preuve de son existence devenait singulièrement plus difficile que celle habituellement requise en matière de recevabilité. A l'inverse, en exigeant simplement la prétention d'un titre suffisant, la qualité s'évanouit et on ne voit pas en quoi pourrait consister l'objet de la preuve de celle-ci.

B. — AUTONOMIE DE LA QUALITÉ RELATIVEMENT AU FOND DU DROIT

287. *Explication.* — En face de telles incertitudes, il importe de restituer à la qualité son caractère de condition d'existence de l'action autonome, distincte des éléments du bien fondé. En tant qu'élément de la recevabilité, il est certain qu'elle doit être appréciée avant tout examen du fond. D'autre part la preuve de cet élément requiert sans doute des justifications plus précises que celles de la simple prétention de l'existence d'un titre, mais est aussi en même temps moins difficile à rapporter que celle des éléments du bien fondé.

La confusion entre la question de qualité et celle du bien fondé provient de ce que le terme « appartenance du droit » est une expression équivoque. Ce terme veut-il dire que le droit « *appartient* » ou « *peut appartenir* » à la personne qui agit ? En d'autres termes cette expression implique-t-elle la *possibilité* du droit ou son *existence ?* Il est certain que par appartenance du droit, il faut entendre la *possibilité,* s'il existe, d'en être le titulaire. Il est vrai que, sauf exception, on ne peut pas solliciter un jugement sur l'existence d'un droit, s'il ne s'agit pas

(28) Cf. supra, nos 281 et suivants.
(29) Fourneau, op. cit., no 176.

d'un droit personnel. Mais si le droit controversé est tel que, avant même de savoir s'il existe, on a la certitude qu'il ne peut pas appartenir à celui qui sollicite le jugement, le juge n'a pas l'obligation de statuer sur le fond du litige et doit donc débouter le demandeur pour défaut de qualité. Ainsi, s'il est vrai que l'expéditeur, après l'enlèvement de la marchandise, n'est pas titulaire du droit à réparation du dommage résultant de l'inexécution du contrat de transport, on comprend que, même si un tel droit existe objectivement parce qu'il appartient au destinataire, le juge ne donne pas d'indemnité personnelle à l'expéditeur pour une telle raison et le déboutera, non parce que, bien qu'il ait qualité, il n'a pas rapporté l'existence des éléments qui doivent être réunis pour que l'action triomphe sur le fond, mais précisément pour défaut de qualité (30). De même, l'usufruitier qui demande la rescision pour lésion de la vente de la pleine propriété de l'immeuble, ne peut obtenir gain de cause, même si les conditions, requises pour le succès de la demande, se trouvent réunies. Mais alors, si l'usufruitier est débouté de sa demande, ce n'est pas parce que le bien fondé de celle-ci n'est pas établi, mais bien plutôt parce que la personne qualifiée pour agir est le nu-propriétaire de l'immeuble et non l'usufruitier. Celui-ci est frappé d'un véritable défaut de qualité et c'est pour ce motif qu'il convient de rejeter sa demande, sans que pour cela le fond du procès doive être examiné par le juge (31).

Il faut donc dire que la question du fond est celle qui concerne l'existence d'un droit sur la tête d'une personne lorsque la titularité de celle-ci n'est plus en doute. Tandis que la question de qualité est celle qui se rapporte à la possibilité que, si le droit existe, ce soit en faveur de la personne qui l'invoque devant les juges.

On ne contredit pas ainsi la définition de la qualité comme condition d'existence de l'action. En tant que telle, en effet, la qualité est une des conditions requises pour traiter du fond, une condition nécessaire autant pour pouvoir avoir raison que pour pouvoir avoir tort. Mais justement, pour faire juger si un droit existe ou non, une condition préalable doit être vérifiée : il faut que, si le droit existe, le demandeur puisse en être le sujet. Certes, la sentence qui dénie à une personne la qualité pour agir, donne tort à une partie, celle précisément à laquelle la qualité est déniée ; mais ce n'est pas sur le fond qu'elle lui donne tort, puisqu'elle refuse de statuer sur l'existence du droit. Il y aurait une contradiction dans les termes à admettre la

(30) En ce sens, Cass. Italienne, 4 juin 1952, Giurisprudenza Italiana, 1952, I, p. 101, note contraire d'Allorio.

(31) En ce sens, Trib. Mantes-Gassicourt, 12 avr. 1951, Rev. trim. de dr. civ., 1951, p. 409, obs. Hébraud.

recevabilité d'une action en faveur de celui qui est dépourvu de qualité et d'attribuer en même temps le caractère d'un jugement sur le fond à la sentence qui dénie précisément la qualité à cette personne. Ce serait aboutir à un renversement de notions désormais indiscutables (32).

SECTION II

Nature du lien entre la qualité et le fond du procès

288. *L'opinion de M. Giverdon.* — M. Giverdon (33) a prétendu que le lien qui unit la qualité au fond du droit s'explique par l'idée que la qualité réalise la jonction entre l'action, d'une part, et le fond du litige, d'autre part.

Il y aurait d'une part, l'action, pouvoir général et impersonnel appartenant à chacun de s'adresser aux organes juridictionnels, à l'effet de les obliger à statuer sur le fond d'un procès, et d'autre part, le fond même du procès, sa propre substance.

La qualité s'intercalerait entre les deux car elle aurait un double caractère : en même temps qu'elle serait déterminée dans chaque cas en fonction de la substance même du procès, comme une condition de succès à la demande, elle serait, par ailleurs, une condition générale de recevabilité de l'action.

Une telle explication équivaut à nier que la qualité soit une condition de l'action autonome et traduit la tendance de certains auteurs à absorber la qualité dans le fond (34).

289. *Lien unissant la qualité et le fond du litige.* — En réalité, la nature du lien entre la qualité et le fond semble se présenter autrement. Il semble bien que le lien entre l'action et le bien fondé se fasse non pas au niveau de la qualité, mais à celui de la condition de recevabilité que constitue « la prétention d'ordre juridique ».

Le droit en tant qu'il est reconnu et sanctionné par les juges, est la condition de succès de la demande ; mais en tant qu'il est seulement prétendu, il est une véritable condition de l'action.

Or, en tant que prétention, le droit est attaché à une personne qui a la possibilité d'en être le titulaire. Mais puisque

(32) Carnelutti, Titolarita del diritto e legittimazione, Rivista di dfritto processuale, 1952-II-121.

(33) Giverdon, La qualité, condition de recevabilité de l'action en justice, D. 1952, chronique p. 87.

(34) Cf. Supra nos 285 et suivants.

la qualité se traduit, en ce cas, par l'identité entre le sujet de l'action et le titulaire du droit prétendu, on comprend que la qualité doive être appréciée, non de manière générale et identique pour tous les procès, mais chaque fois par référence au *contenu de la prétention.*

Par là s'explique encore que, lorsque la qualité ne se traduit plus par l'identité des sujets de l'action et de ceux du droit prétendu, mais par une relation de nature différente entre ces deux catégories de personne, la qualité des sujets de l'action doive encore s'apprécier, d'une certaine manière, par référence au contenu même de la prétention. Cette observation est impliquée par l'idée de « *relation* » que nous avons mise en lumière dans toutes les hypothèses qui entrent dans le domaine de la qualité.

Chapitre III

LA QUALITÉ ET LES CONDITIONS DE VALIDITÉ DE LA DEMANDE

290. *Nécessité de distinguer la qualité des conditions de validité de la demande.* — Si, pour déterminer la nature juridique de la qualité, on doit distinguer la qualité du fond du litige, il faut encore, pour cela, opérer une distinction entre la qualité et les conditions de validité de la demande.

On entend par conditions de validité de la demande (1), les conditions que doivent remplir, pour être valables, la demande en justice et, de manière très générale, tous les actes de la procédure (2). Ces conditions doivent être réunies pour que le juge soit obligé d'examiner, et la recevabilité de l'action, et le bien fondé de la demande.

L'absence de l'une de ces conditions est sanctionnée par une exception de nullité, soumise à un régime juridique propre. Les exceptions de procédure, à moins qu'il ne s'agisse d'exceptions relatives à la violation d'une règle d'ordre public, doivent être soulevées « in limine litis », avant toute conclusion au fond, et la nullité résultant de l'irrégularité de la procédure peut être couverte en cours d'instance après régularisation, sans qu'il soit nécessaire de tout recommencer. D'autre part, l'autorité de la chose jugée sur la validité de la procédure n'a qu'une portée très limitée puisqu'il est possible de recommencer une autre porcédure dans des formes régulières. Parmi les conditions de validité de la demande, il y a des conditions subjectives que doivent remplir les parties à l'instance, demandeur, défendeur et intervenants.

C'est entre la qualité et ces dernières conditions que l'on fait de fréquentes confusions. Celà s'explique parce que, tout comme les conditions subjectives de validité de la demande, la qualité est une condition relative à la personne qui saisit le juge (3) ; il est donc possible de confondre les deux catégories

(1) Les auteurs italiens emploient l'expression « conditions du procès », cf. Chiovenda, Istituzioni di diritto processuale civile, p. 53 et suivantes.

(2) Morel, Traité élém. de proc. civ., n° 312 ; Vizioz, Cours de proc. civ., polycopié, p. 87 ; Brulliard, Proc. civ., n° 36.

(3) Cf. supra, n° 16.

de conditions, puisqu'elles doivent être réunies le plus souvent chez les mêmes personnes.

291. *Plan.* — La confusion se fait dans deux sens opposés. Parfois on présente certaines manifestations de la qualité comme des conditions de validité de la demande, restreignant à tort, par là, le domaine de la qualité. On soutient fréquemment, dans la doctrine moderne, que la représentation et même la subrogation dans le pouvoir d'agir, doivent être étudiés parmi les conditions de validité de la demande. D'autres fois, on envisage la capacité pour ester en justice comme un aspect de la qualité, élargissant ainsi sans raison le domaine de la qualité.

Nous allons d'abord situer la place de la représentation relativement aux conditions de validité de la demande, puis examiner la place de la capacité pour ester en justice relativement à la qualité.

SECTION I

Représentation dans l'action et conditions de validité de la demande

292. *Idée générale.* — La représentation dans le pouvoir d'agir entre dans le domaine de la qualité pour agir en justice. Si on l'a parfois présentée, non comme un aspect de la qualité, mais comme une condition de validité de la demande, cela tient à ce que l'on s'est trompé sur l'étendue du domaine de la représentation dans le pouvoir d'agir.

Il faut donc délimiter d'abord le domaine de la représentation dans l'action, après quoi il sera plus facile d'analyser la nature de cette institution.

§ 1er. — *Domaine de la représentation dans l'action.*

293. *Distinctions à faire.* — Pour délimiter le domaine de la représentation dans l'action, il faut distinguer cet aspect de la notion de qualité de deux idées qui touchent plus aux conditions de validité de la demande qu'aux conditions d'existence de l'action. On doit d'abord distinguer la représentation dans le pouvoir d'agir de la représentation dans les actes de l'instance. D'autre part il faut distinguer la question du pouvoir du représentant de l'obligation faite au mandataire de révéler, dans les divers actes de l'instance, les noms et qualités du mandant : il s'agit là de la règle « Nul en France ne plaide par procureur », simple règle de forme, qui entre dans le domaine des conditions de validité de la demande.

A. — LA REPRESENTATION DANS LES ACTES DE L'INSTANCE

294. *Définition.* — Il y a représentation dans les actes de l'instance, lorsque les divers actes de la procédure sont faits, par un mandataire, au nom et pour le compte de la partie à l'instance. Le représenté est censé faire lui-même les actes du procès.

Ainsi, l'avoué, dont le ministère est obligatoire devant les juridictions de droit commun, accomplit les divers actes de l'instance au nom et pour le compte de son client. Il n'y a pas, d'ailleurs, que les mandataires professionnels dont la mission est limitée à la représentation dans les actes de l'instance. Le rôle de certains représentants légaux des incapables est parfois limité à la représentation dans certains actes du procès ; c'est le cas du tuteur de l'interdit légal qui, aux termes de l'article 234, alinéa 3, du Code Civil, ne peut présenter une requête à fin de divorce que sur la réquisition ou avec l'autorisation de l'interdit : l'exigence d'une réquisition ou d'une autorisation de l'interdit légal entraîne la limitation du pouvoir du tuteur à la représentation dans la requête en divorce.

295. *Différence entre la représentation dans l'action et la représentation dans l'instance.* — A la différence du représentant dans l'action, celui qui représente l'une des parties dans l'instance n'agit pas lui-même. L'action appartient toujours au représenté ; si les actes de l'instance, et principalement la demande introductive, sont faits par un représentant, c'est cependant le représenté qui met le juge en contact avec le litige parce que c'est lui qui est titulaire du pouvoir d'agir.

Il est vrai que souvent le représentant dans l'action est en même temps représentant dans l'instance. Il devient alors assez difficile de faire la distinction des deux catégories de représentation.

B. — LA REGLE « NUL EN FRANCE NE PLAIDE PAR PROCUREUR »

296. *Danger de confusion entre cette règle et la qualité.* — La question de la qualité du représentant doit encore être distinguée de l'obligation, imposée à certains représentants, d'indiquer le nom du représenté dans les divers actes de procédure. C'est cette règle concernant les formes de la représentation en justice, que l'on exprime par le vieil adage « Nul en France ne plaide par procureur ».

Les auteurs classiques ont souvent confondu ces deux questions. Lorsqu'ils parlent de la qualité, à propos des conditions générales de recevabilité de l'action en justice, au lieu de s'essayer à dégager et à préciser la notion de qualité, ils se bornent, ou presque, à étudier la règle « Nul ne plaide par procu-

reur » (4). D'autre part, de nombreuses décisions de Cours et de tribunaux parlent indistinctement de défaut de qualité et de violation de cette règle. Cette confusion tient peut-être à son histoire. Cette règle, qui a son origine dans l'Ancien Droit, a d'abord signifié l'interdiction absolue de plaider par mandataire ; ce n'est que plus tard que, changeant de sens, la maxime a signifié l'obligation pour tout plaideur agissant par procureur de figurer en nom dans les divers actes de l'instance, à l'exception du roi (5). La confusion tient peut-être encore à ce que cette règle de forme retentit indirectement sur le fond : le représentant, qui ne révèle pas sa qualité et le nom de son mandant, est censé agir en son nom propre et n'a pas, dans ce cas, qualité pour saisir le juge.

297. *Nécessité de la distinction.* — La doctrine moderne, au contraire, étudie séparément la règle « Nul ne plaide par procureur » et la distingue de la question de la qualité pour agir au nom d'autrui (6). De son côté, la Cour de Cassation relève la confusion faite par les plaideurs : « Attendu, dit la Chambre Civile, dans deux arrêts rendus le 20 décembre 1949 (7), que, sous le couvert de la règle « Nul ne plaide par procureur », il est fait grief, en réalité, à l'arrêt attaqué... d'avoir admis l'action de la Société des Auteurs, Compositeurs et Editeurs de Musique... sans justification de sa qualité de mandataire des auteurs dont les œuvres auraient été illicitement représentées ».

1° *Signification de la règle « Nul ne plaide par procureur ».*

298. *Sens et portée de la règle.* — Tandis que la qualité du représentant touche à l'existence du pouvoir d'agir, la règle « Nul ne plaide par procureur » est une règle relative aux formes de la représentation en justice et ne concerne que les actes de la procédure (8).

Cette formule signifie, non pas qu'il est interdit à un mandataire, muni de pouvoirs suffisants, d'introduire une action en justice pour le compte de son mandant (9), mais qu'il est inter-

(4) Voir par exemple, Garsonnet et Cézar-Bru, Traité théorique et pratique de proc. civ., t. 1, nos 303 et suivants ; Japiot, Traité élém. de proc. civ. et comm., n° 71.

(5) Dumas, Cours d'histoire du droit, p. 192-193.

(6) Morel, Traité élém. de proc. civ., n° 332-2° ; Brulliard, Proc. civ., nos 36 et suivants ; Rev. trim. de dr. civ., 1945, p. 133-134, obs. Vizioz ; Percerou, Revue Bourguignonne de l'enseignement supérieur, p. 1898, p. 21.

(7) Bull. Cass. Civ., 1949, I, nos 365 et 366, p. 1182 ; Rev. trim. de dr. civ., 1950, p. 220, obs. Hébraud.

(8) Brulliard, Proc. civ., n° 37 ; Rev. trim. de dr. civ., 1945, p. 133, obs. Vizioz ; Rev. trim. de dr. civ., 1950, p. 220, obs. Hébraud.

(9) Contra cependant, Nîmes, 23 déc. 1830, S. 1831-2-225.

dit à un plaideur de se faire représenter par un mandataire dont le nom figurerait seul dans l'instance. Le nom du mandant doit donc figurer dans tous les actes de la procédure et dans les qualités du jugement. Cette règle interdit, ainsi, le fait de se dissimuler derrière un tiers pour plaider, de cacher, sous le nom et l'individualité de ce tiers, son nom et sa personne, de façon que l'adversaire ne puisse opposer à la partie véritable les moyens et exceptions qui lui seraient personnels.

En revanche, la règle ne s'applique pas au cas où le mandataire qui exerce l'action indique la qualité en laquelle il agit et fait connaître la personnalité du mandant (10).

2° *Domaine de la règle « Nul ne plaide par procureur ».*

299. *Limitation du domaine de la règle à la représentation conventionnelle.* — Si cette règle n'est qu'une prescription de pure forme, on pourrait du moins penser qu'elle doit être observée dans tous les cas de représentation en justice. Mais elle n'a, en réalité, qu'un intérêt très limité.

La règle « Nul en France ne plaide par procureur » ne joue qu'en cas de représentation conventionnelle.

Elle ne s'impose pas aux représentants légaux. Ainsi, le tuteur du mineur ou de l'interdit figure seul dans les actes de la procédure, lorsqu'il agit pour le compte de l'incapable. De même, la jurisprudence décide que la mère qui exerce pour le compte de l'enfant, l'action en recherche de la paternité naturelle, n'a pas besoin d'indiquer qu'elle agit au nom de l'enfant (11).

On n'applique pas non plus la règle aux représentants judiciaires. La jurisprudence décide que le liquidateur d'une société nommé par jugement poursuit en son nom seul toutes les actions de la société, sans qu'il soit besoin d'indiquer les noms des associés dans les actes de l'instance (12) ; il faut toutefois observer que cette solution s'explique, moins en raison d'une exception à la règle « Nul ne plaide par procureur », que par l'effet de la survie de la personnalité morale de la société pour les besoins de sa liquidation.

300. *Cas de représentation conventionnelle où la règle ne s'applique pas.* — Dans la matière de la représentation conventionnelle elle-même, on écarte parfois l'application de la règle.

(10) Cass., 5 juin 1918, D.P. 1922-1-60 ; Crim., 2 juin 1930, S. 1932-1-73, G.P. 1930-2-185 ; Civ., 10 juil. 1939, G.P. 1940-1-26 ; Poitiers, 8 nov. 1911, Journal La Loi, 12 fév. 1912 ; Paris, 17 oct. 1923, D.P. 1924-2-40 ; Besançon, 9 déc. 1929, G.P. 1930-1-206 ; Trib. Comm. Le Havre, 23 déc. 1946, G.P. 1947-1-70.

(11) Civ., 24 fév. 1932, D.H. 1932-185, S. 1932-1-184 ; 26 avr. 1932, S. 1932-1-246.

(12) Aix, 5 avril 1832, S. 1835-2-22.

En matière maritime, par exemple, on admet traditionnellement que le capitaine du navire plaide, en son nom propre, pour le compte de l'armateur soit comme demandeur, soit comme défendeur (13).

Les exceptions les plus importantes à cette règle concernent les représentants de certains groupements dépourvus de personnalité juridique. Ainsi, la loi du 24 juillet 1867 sur les sociétés (articles 17 et 39) permet, dans les sociétés par actions, à des actionnaires représentant le vingtième du capital social, de charger, dans un intérêt commun, un mandataire de soutenir, tant en demandant qu'en défendant, une action contre les gérants, les membres du conseil de surveillance ou les administrateurs. On admet qu'en pareil cas, le mandataire n'a pas à révéler dans tous les actes de l'instance les noms de tous les actionnaires et qu'il n'est pas non plus nécessaire de faire à chacun de ceux-ci, par autant d'actes distincts toutes les significations qui doivent être adressées à personne ou à domicile.

De son côté, la jurisprudence écarte l'application de cette règle au bénéfice de certains groupements. Autrefois, elle exceptait de la règle des groupements qui, sans avoir la personnalité morale, étaient suffisamment individualisés, comme une société hippique, un orphelinat, une compagnie de sapeurs-pompiers (14). Si cette jurisprudence a perdu presque tout intérêt depuis que de tels groupements ont la possibilité de se constituer en associations déclarées, dotées, par la loi du 1er juillet 1901, de la personnalité juridique, elle n'en est pas moins utile dans les cas où le groupement ne peut se former en association, soit parce qu'il a une existence légale distincte, soit par la nature des choses. Ainsi, les tribunaux autorisent le syndic du syndicat des copropriétaires d'appartements de maisons divisées par étages, à agir, par représentation des copropriétaires, sans faire figurer les noms de chacun d'eux dans les actes de la procédure (15). De même, la jurisprudence décide que la règle peut n'être pas applicable aux sociétés de fait, lorsqu'à raison de leurs nombreux effectifs, et de la qualité variable des droits respectifs de leurs membres, les tiers se trouveraient dans l'impossibilité d'exercer une action divise contre chacun d'eux (16).

301. *Cas auxquels la règle demeure étrangère.* — Pour délimiter le domaine de la règle « Nul ne plaide par procureur », il faut encore indiquer les cas auxquels elle est étrangère.

La règle reste tout d'abord étrangère au cas où l'action est introduite par une personne morale ou dirigée contre elle. En

(13) Ripert, Droit maritime, t. 1, n° 811.

(14) Voir par exemple Civ., 25 mai 1887, D.P. 1887-1-289 ; Req., 2 janv. 1894, D.P. 1894-1-81, S. 1894-1-129, note Lyon-Caen.

(15) Paris, 29 oct. 1940, D.H. 1940-214.

(16) Chambéry, 13 déc. 1937, D.H. 1938-169, G.P. 1938-1-365.

effet, comme la personne morale a une individualité distincte de celle de ses membres, elle plaide alors en son nom propre ; elle n'est pas le mandataire de ses membres.

La règle est également étrangère au cas du prête-nom. La jurisprudence a admis qu'il est licite qu'une personne plaide par l'intermédiaire d'un prête-nom sans que son nom figure dans les actes de la procédure (17). Il n'y a pas là une véritable exception à la règle « Nul ne plaide par procureur », parce que le prête-nom, apparaissant, aux yeux des tiers, comme le véritale titulaire du droit ou comme personnellement soumis aux obligations résultant du contrat, agit en son nom propre. Du cas du prête-nom, il faut rapprocher celui du commissionnaire, en matière commerciale, qui agit, en son nom propre, contre ceux avec qui il traite pour le compte du commettant.

On considère encore le cas de l'obligation solidaire ou de l'obligation indivisible comme étranger à la règle. La Cour de Cassation estime que le créancier ou le débiteur d'une semblable obligation peut agir seul, sans qu'on puisse lui opposer l'exception tirée de la violation de la règle « Nul ne plaide par procureur », parce que, étant créancier ou débiteur pour le tout, il agit, pour le tout, dans son intérêt personnel, et non comme représentant des autres créanciers ou débiteurs (18).

Enfin, si, en matière de convention collective du travail, le syndicat qui, conformément à l'article 31 k du livre I[er] du Code du Travail, réclame une indemnité pour la réparation du préjudice subi par l'un de ses membres, peut agir seul, c'est parce qu'il agit, non comme mandataire, mais dans son intérêt personnel (19).

302. *Conclusion.* — En conclusion, il apparaît que la règle « Nul ne plaide par procureur » n'a qu'un domaine très restreint. Outre que, chaque fois qu'elle décèle l'existence d'un intérêt personnel à la partie contre laquelle est opposée l'exception prise de la violation de la règle, la jurisprudence déclare la règle étrangère à ce cas (20), le champ d'application de la règle est limité à la représentation conventionnelle. Encore faut-il remarquer que son application est écartée dans les hypothèses où elle constituerait un obstacle presque insurmontable au libre accès à la justice.

Dans ces conditions, la suppression de cette règle n'apporterait pas un grand changement dans le droit de la procédure.

(17) Réq., 29 juil. 1874, S. 1875-1-78 ; 27 juin 1911, D. 1914-1-93 ; Voir encore supra n° 97.

(18) Cass., 6 fév. 1872, D. 1872-1-101.

(19) Cf. supra n[os] 149 et 150.

(20) Réq., 28 déc. 1927, D. 1928-1-110, rapport Rambaud ; civ., 20 déc. 1949, Bull. Cass. Civ. 1949, I, n[os] 363 et 366, p. 1182, Rev. trim. de dr. civ. 1950, p. 220, obs. Hébraud.

Celà est d'autant plus vrai que la violation de la règle, dans les cas où elle est encore applicable, est sanctionnée assez faiblement.

3° *Sanction de la règle « Nul ne plaide par procureur ».*

303. *Sanction de la règle par une exception de procédure.* — La violation de la règle « Nul ne plaide par procureur » entraîne la nullité des actes de procédure irréguliers, en particulier de l'assignation dans laquelle le mandataire figurerait seul. A la différence de la sanction du défaut de qualité, il s'agit là, non d'une fin de non recevoir, mais d'une exception de procédure (21).

304. *Caractère d'intérêt privé de l'exception.* — De plus, cette nullité n'est pas d'ordre public. La règle « Nul ne plaide par procureur » est une règle d'intérêt privé. Elle est destinée exclusivement à protéger l'adversaire de celui qui plaiderait par procureur, puisqu'elle n'a d'autre but que de faciliter la défense, en faisant connaître de qui émane la poursuite (22).

Du caractère d'intérêt privé de la règle, la jurisprudence a tiré les conséquences suivantes :

a) La violation de la règle ne peut être invoquée par celui qui plaide par procureur : son adversaire seul a le droit de demander la nullité de la procédure irrégulière. Ce n'est pas, en effet, dans son intérêt que la règle a été édictée, mais dans l'intérêt de l'adversaire.

De plus, depuis le décret-loi du 30 octobre 1935 qui est venu modifier l'article 173 du Code de procédure, l'adversaire ne pourra soulever le moyen pris de la violation de la règle, que s'il est justifié que celle-ci a nui à ses intérêts (23).

b) Les juges ne peuvent pas, non plus, relever d'office l'irrégularité de la procédure (24).

c) La nullité ne peut pas être invoquée pour la première fois devant la Cour de Cassation (25).

On pourrait s'attendre à ce que la jurisprudence considère que ce moyen doive être soulevé « in limine litis », avant toute

(21) Sur la sanction du défaut de qualité, voir infra nos 379 et suivants.

(22) Paris, 20 oct. 1940, D.H. 1940-214.

(23) En ce sens, Rev. trim. de dr. civ., 1945, p. 134, obs. Vizioz.

(24) Morel, Traité élém. de proc. civ., n° 332 ; Solus, Cours de droit judiciaire privé, p. 257.

(25) Réq., 9 juin 1841, S. 1841-1-579 ; 30 mai 1854, D. 1854-1-323 ; Civ., 24 nov. 1875, S. 1876-1-166 ; Civ., 28 janv. 1891, D.P. 1891-1-468 ; Réq., 8 mars 1892, S. 1892-1-443 ; Civ., 9 fév. 1921, S. 1921-1-350, D. 1924-1-110 ; Soc., 18 déc. 1944, G.P. 1945-1-51, Rev. trim. de dr. civ. 1945, p. 133, obs. Hébraud.

défense au fond, conformément à l'article 173 du Code de procédure civile. Cependant, celle-ci décide, généralement, que l'exception tirée de la violation de la règle « Nul ne plaide par procureur » peut être opposée en tout état de cause. Il ne s'agirait pas, en effet, d'une exception de forme, devant être opposée « in limine litis », conformément à l'article 173. La nullité donnerait lieu à une exception tirée du défaut de qualité, qui, comme telle, pourrait être invoquée en tout état de cause (26). Si depuis la réforme du décret-loi du 30 octobre 1935, le moyen est non-recevable s'il est présenté après qu'il aura été conclu au fond, ce ne serait pas en vertu de l'article 173 du Code de Procédure civile qui ne vise que les nullités d'actes de procédure, mais en vertu de l'article 192, alinéa premier, comme fin de non-recevoir visée dans cet article (27).

Cette solution de la jurisprudence est criticable, car elle résulte de la confusion entre les questions de forme de la représentation en justice et la question de qualité, entre le défaut de désignation du représenté dans les actes du procès et le défaut de qualité du représentant. En effet, une chose est n'avoir pas qualité pour agir au nom d'autrui, autre chose est de ne pas révéler, dans les actes du procès, le nom de son mandant, lorsqu'il est certain, d'ailleurs. que l'on a bien la qualité de représentant.

En réalité, la règle « Nul ne plaide par procureur » n'affecte pas le droit d'action, mais la validité de l'instance. L'exception de nullité qui sanctionne la violation de cette règle doit donc être soulevée « in limine litis », ou, s'il s'agit d'un acte accompli au cours de l'instance, avant de discuter cet acte au fond. D'autre part, l'instance peut être poursuivie après régularisation, voire reprise, sans que la partie qui aurait fait déclarer la demande irrecevable pour ce motif soit en droit d'invoquer la chose jugée (28).

d) La règle étant d'intérêt privé, il est permis d'y déroger par des conventions particulières. On peut tout d'abord renoncer par avance à s'en prévaloir (29). Ainsi, celui qui s'oblige

(26) Cass., 9 juin 1841, 24 nov. 1875, 28 janv. 1891, 8 mars 1892, 9 fév. 1921, précités (solutions implicites) ; Paris, 29 janv. 1881, S. 1881-2-132 ; Pau, 23 déc. 1908, S. 1909-2-4.

(27) Paris, 5 mars 1946, G.P. 1946-1-203, Rev. trim. de dr. civ. 1946, p. 246-247, obs. Vizioz.

(28) Glasson et Tissier, Traité théorique et pratique de proc. civ., t. 1, n° 222 ; Morel, Traité élém. de proc. civ., n° 332 ; Brulliard, Proc. civ., n° 39 ; Solus, Cours de droit judiciaire privé, p. 257 ; Rev. trim. de dr. civ. 1945, p. 133, 1946, p. 246-47, 1948, pZ 361, obs. Vizioz.

(29) Paris, 6 mars 1849, D.P. 1849-2-180 ; Civ., 19 nov. 1879, D.P. 1880-1-84 ; 19 fév. 1884, D.P. 1884-1-369 ; Réq. 27 janv. 1890, D. 1890-1-148, rapport Lardenois ; Paris, 10 nov. 1894, S. 1895-2-135 ; Réq., 13 nov. 1895, S. 1896-1-140, D. 1896-1-235 ; Réq., 27 juin 1911, S. 1913-1-556 ; Cass. Comm., 16 fév. 1948, S. 1948-1-82.

en connaissance de cause vis-à-vis d'une personne, qu'il sait être un prête-nom, ne peut plus se prévaloir du moyen tiré de la maxime au cas de procès survenu entre lui et le prête-nom (30).

Il est également possible de renoncer en cours d'instance à invoquer la règle. Mais alors la renonciation doit être expresse et certaine, et ne saurait s'induire du silence en première instance (31). Cette solution n'a évidemment de sens que si l'on admet avec la jurisprudence que le moyen tiré de la violation de la règle peut être soulevé en tout état de cause.

§ 2. — *Nature de la représentation dans l'action.*

305. *La représentation dans l'action est une question de qualité.* — La représentation dans l'action appartient au domaine de la qualité. Elle est l'un des divers aspects de cette notion. Cependant certains auteurs ont soutenu que cette question entre dans l'étude des conditions de validité de l'instance. Il faut d'abord examiner leur théorie avant d'exposer les raisons qui militent en faveur de notre opinion.

A. — L'OPINION QUI FAIT DE LA REPRESENTATION DANS L'ACTION UNE CONDITION DE VALIDITÉ DE LA DEMANDE

1° *Exposé de cette opinion.*

306. *Représentation en justice.* — Pour une grande partie de la doctrine moderne, la représentation en justice entre dans l'étude de l'instance. La condition de l'existence du « pouvoir » du représentant est, non une condition d'existence de l'action, mais une condition de validité de la demande et, par suite, du rapport d'instance, comme la capacité d'ester en justice pour soi-même (32). D'ailleurs, alors que certains auteurs étudient séparément la condition de « pouvoir » comme une condition autonome de validité du rapport d'instance (33), d'autres, pour mieux marquer la similitude de nature de cette condition et de la capacité, étudient la représentation en justice comme l'un des aspects de la capacité pour ester en justice, comme la capacité d'agir pour le compte d'autrui (34).

(30) Réq., 27 juin 1911 et Cass. Comm., 16 fév. 1948, précités.

(31) Pau, 23 déc. 1908, D. 1909-2-4.

(32) Morel, Traité élém. de proc. civ., n° 312 ; Brulliard, Proc. civ., n° 36 ; Chiovenda, Istituzioni di diritto processuale civile, t. 1, n° 18, p. 54 ; Nuovo Digesto Italiano, V° Legittimazione processuale, par Costa.

(33) Voir par exemple Morel, Traité élém. de proc. civ., n°s 326 et suivants, Vizioz, Etudes de procédure, t. 1, p. 43.

(34) Chiovenda, Istituzioni di diritot processuale civile, t. 2, n°s 230 et suivants ; Brulliard, Proc. civ., n°s 36 et suivants.

Cette opinion repose sur la dissociation entre la question du pouvoir et celle de la qualité. Tandis que le pouvoir s'apprécie sur la tête du représentant, la qualité, au contraire, doit être appréciée dans la personne du représenté. Ainsi, il n'est pas nécessaire de se référer au contenu de la prétention pour savoir si le pouvoir du représentant existe ; il suffit de se référer, au cas de mandat, à la délégation du pouvoir consenti par le représenté et, au cas de représentation légale ou de représentation judiciaire, à l'organisation des pouvoirs du représentant par la loi ou par le juge (35).

307. *Subrogation.* — Certains auteurs ont professé une opinion semblable pour la subrogation dans le pouvoir d'agir. Ils considèrent que cette question entre dans l'examen des conditions de validité de l'instance, la qualité s'appréciant, non dans la personne du subrogé qui saisit le juge, mais dans celle du subrogeant dont l'action est exercée par le subrogé (36).

2° *Critique de cette opinion.*

308. *Représentés sans qualité.* — L'opinion qui dissocie le pouvoir de la qualité et qui fait de la représentation en justice une condition de validité de l'instance se heurte à un certain nombre d'objections.

Tout d'abord il n'est pas toujours exact que la qualité doive s'apprécier dans la personne du représenté. Il arrive, en effet, que celui-ci n'ait pas qualité pour agir.

Ainsi, la femme mariée est sans qualité pour exercer les actions dotales (37). La raison de ce défaut de pouvoir n'est plus dans l'incapacité de la femme mariée depuis la loi du 18 février 1938, mais dans les restrictions de pouvoirs résultant du régime dotal. Il s'agit là d'un véritable défaut de qualité.

De même, les membres de certains groupements dépourvus de personnalité morale sont frappés d'un véritable défaut de qualité. Il en est par exemple ainsi des membres du syndicat des copropriétaires d'appartements dans les maisons divisées par étage (38) ou des porteurs de parts de fondateurs, organisés en masses par la loi du 23 janvier 1929, qui, à la différence des masses d'obligataires du décret-loi du 30 octobre 1935, n'ont pas la personnalité juridique (39).

(35) Giverdon, La qualité condition de recevabilité de l'action en justice, D. 1952, chronique p. 87.

(36) Chiovenda, Istituzioni di diritto processuale civile, t. 2, n° 223 et suivants ; Vizioz, Etudes de procédure civile, t. 1, p. 43.

(37) Cf. supra, n° 138. Cet exemple se réfère à l'opinion qui fait du mari le représentant de la femme dans l'exercice des actions dotales. Telle n'est pas notre opinion (Cf. supra, n° 142).

(38) La jurisprudence semble ne pas leur reconnaître la personnalité morale. Voir Paris, 29 oct. 1940, D.H. 1940-214.

(39) Ripert, Traité élém. de dr. comm., n° 1234.

Le représentant légal qui agit au nom de ces personnes ne représente pas la masse ou le syndicat, puisque le groupement est dénué de la personnalité juridique, mais chacun des membres du groupement pris en cette qualité. Or, bien qu'il s'agisse de droits dont la jouissance est demeurée individuelle, le membre du groupement n'a pas qualité pour les exercer. C'est même pour lui retirer le pouvoir d'agir que, le plus souvent, la loi a organisé le groupement (40).

309. *Subrogeants sans qualité.* — Dans la matière de la subrogation dans le pouvoir d'agir, il arrive également que le subrogeant n'ait pas qualité pour agir. C'est ce qui se produit quelquefois pour l'action sociale en responsabilité contre les administrateurs de société. Il faut supposer qu'une décision de l'assemblée générale des actionnaires a éteint l'action sociale qui aurait pu être exercée par la société elle-même. Avant le décret-loi du 31 août 1937, la jurisprudence refusait aux actionnaires l'exercice « ut singuli » de l'action sociale lorsque l'assemblée générale avait donné quitus de sa gestion à un administrateur (41). Depuis le décret-loi du 31 août 1937, aucune décision de l'assemblée générale ne peut avoir pour effet d'éteindre une action en responsabilité contre les gérants ou contre les membres du Conseil de surveillance pour faute commise dans l'accomplissement de leur mandat. Aussi, lorsque l'assemblée a donné quitus à un administrateur, la société est sans qualité pour exercer l'action sociale en responsabilité, tandis que l'actionnaire peut encore exercer cette action « ut singuli », comme subrogé du groupement. On ne peut donc pas dire ici encore que la qualité doive être appréciée dans la personne du subrogeant.

310. *Confusion entre le droit et l'action.* — Il faut encore remarquer que la distinction de la question du pouvoir du représentant et de celle de la qualité du représenté résulte d'une confusion entre le droit et l'action. Il n'y a pas que le titulaire du droit qui a qualité pour agir en justice. D'autres personnes que celui-ci peuvent le faire, et c'est le cas du représentant.

311. *Absence de délimitation du domaine de la représentation dans l'action.* — Enfin, une telle opinion provient d'une part de l'absence de distinction entre la représentation dans l'action et la représentation dans les actes de l'instance et d'autre part de la confusion de l'obligation résultant de la règle « Nul ne plaide par procureur » avec la question de qualité. La représentation dans l'action ne peut pas entrer dans le domaine des conditions de validité de l'instance.

(40) C'est le cas pour la masse des porteurs de part.

(41) Escarra, Manuel de dr. comm., t. 1, n° 809, p. 455.

B. — REPRESENTATION DANS L'ACTION ET QUALITÉ

312. *La représentation dans l'action est une question de qualité.* — En réalité, la représentation dans l'action est une question de qualité. C'est l'un des aspects multiples de cette notion. Il en va de même de la subrogation dans le pouvoir d'agir. Il faut en conclure que représentation et subrogation dans l'action sont soumis au régime juridique habituel de la qualité (42).

C'est là l'opinion d'une partie de la doctrine moderne (43). Pour celle-ci a qualité, outre le titulaire du droit et ses créanciers, le légitime représentant de l'intéressé. D'ailleurs, la question du pouvoir du représentant est liée, d'une certaine manière, au contenu de la prétention.

La jurisprudence considère aussi l'exercice du pouvoir du représentant comme une question de qualité. La Cour de Cassation a eu récemment à statuer dans une espèce où il s'agissait de savoir quelle était la sanction du défaut de pouvoir du grand-père d'un enfant naturel qui avait agi en recherche de paternité naturelle à la place de la mère mineure de celui-ci, comme administrateur légal. La Cour de Cassation a décidé qu'il y avait là une fin de non-recevoir tirée du défaut de qualité du demandeur (44).

313. *Justification.* — Celà résulte de la distinction du droit en justice et de l'action. Une chose est être titulaire du droit, autre chose est avoir qualité. iS le titulaire du droit est le plus souvent qualifié pour agir, d'autres personnes que lui peuvent aussi avoir qualité. C'est le cas du représentant. L'action en justice est un pouvoir qui suppose, chez les titulaires, une volonté corrélative. Ont qualité toutes les personnes auxquelles le droit positif reconnaît le pouvoir d'accomplir l'acte de volonté qui met le juge en contact avec le litige. Le représentant est de celles-là.

(42) Cf. infra, n° 379.

(43) Vizioz, Cours de proc. civ., polycopié, p. 97 et suivantes. Rev. trim. de dr. civ., 1945, p. 133-134, obs. Vizioz. (Cet auteur avait auparavant classé la représentation dans les conditions de l'instance : Cf., Etudes de Proc. civ., t. 1, p. 43) ; Fourneau, Pour une conception objective de l'action en justice, n° 168.

(44) Cass. civ., 6 oct. 1953, J.C.P. 1953-II-7853, note Madray, Rev. trim. de dr. civ., 1954, p. 139, obs. Hébraud.

SECTION II

Qualité et capacité pour ester en justice

314. *Danger de confondre qualité et capacité.* — On confond quelquefois la qualité pour agir et la capacité pour ester en justice.

Tantôt la question de capacité est traitée comme une question de qualité. Celà arrive, quelquefois, au cas de défaut de capacité d'exercice (45). On fait surtout cette confusion au cas de défaut de personnalité juridique des groupements (46).

Tantôt la question de qualité est considérée comme une question de capacité (47).

Pourtant une chose est n'avoir pas qualité pour mettre le juge en contact avec le litige, autre chose est n'avoir pas la capacité de faire valablement les divers actes de la procédure. Si ces deux conditions sont relatives aux personnes qui saisissent le juge, il y a entre elles des différences essentielles. Tandis que la qualité est une condition d'existence de l'action, la capacité est une condition de validité de l'instance.

Il faut d'ailleurs étudier successivement la capacité de jouissance et la capacité d'exercice.

§ 1er. — *Capacité de jouissance et qualité.*

315. *Idée générale.* — Si, en principe, toute personne a le droit d'agir en justice, soit en demandant, soit en défendant, c'est à la condition d'avoir la capacité de jouir du droit qu'elle demande au juge de sanctionner.

Pour les personnes physiques, cela ne fait guère de difficultés. En tout cas, on ne confond pas le défaut de capacité de jouissance de celle-ci avec le défaut de capacité.

En revanche, pour les groupements et les collectivités dénués de personnalité juridique, on a tendance à confondre qua-

(45) Voir, par exemple, Angers, 25 fév. 1941, G.P. 1941-1-272, Rev. trim. de dr. civ. 1941, p. 493, obs. Vizioz.

(46) Glasson et Tissier, Traité théorique et pratique de proc. civ., t. 1, p. 437, note 1. Pour quelques exemples de confusion, voir Réq., 25 avr. 1910, S. 1913-1-481 ; Réq., 16 déc. 1930, G.P., Table quinquennale, 1930-35, V° Chose jugée, nos 52-53 ; C.E., 4 avril 1952, Rec. Leb. 1952, p. 210.

(47) Trib civ. Albi, 23 nov. 1949, D. 1950-J-51 : « Attendu, dit ce jugement, que le syndicat demandeur a été partie à la convention collective de travail ; qu'il est donc capable d'exercer toutes les actions qui naissent de cette convention en faveur de chacun de leurs membres... ».

lité et capacité de jouissance, par l'intermédiaire de la règle « Nul ne plaide par procureur ».

Il faut d'abord déterminer les groupements capables d'ester en justice ; après quoi, il sera plus facile de rechercher la nature de la condition de l'existence de la personnalité juridique exigée pour pouvoir d'agir.

A. — DETERMINATION DES GROUPEMENTS CAPABLES D'AGIR

1° *Groupements dotés de la personnalité juridique.*

316. *Conséquence de la personnalité morale en matière d'action en justice.* — Le droit d'agir en justice est donné, non seulement aux individus, mais aux personnes morales, soit qu'il s'agisse de groupements dotés d'une capacité complète tels que les sociétés ou les syndicats, soit qu'il s'agisse de groupements à capacité restreinte comme les associations déclarées prévues par la loi du 1er juillet 1901.

La personne morale ne se confond pas avec les individus qui en font partie et peut être sujet de droits et d'obligations, distincts des droits et des obligations de chacun des membres du groupement. Celui-ci est représenté en justice par ses administrateurs, sans qu'il soit nécessaire de faire figurer, dans aucun acte de la procédure, les noms et qualités de ses membres, lesquels ne sont point les véritables titulaires du droit déduit en justice.

Autrefois, la jurisprudence était hésitante pour admettre cette conséquence de la personnalité morale. Hormis le cas des sociétés de commerce pour lequel il existe un texte formel (article 69, 6°, du Code de Procédure civile), elle décidait que l'assignation lancée par une société civile par exemple, devait être faite à la requête de tous les associés, quoiqu'elle ne leur déniât point la personnalité juridique (48).

Maintenant, la jurisprudence est bien fixée sur ce point. Elle décide que la personnalité morale permet au groupement d'agir en son nom propre, sans indiquer les noms de ses membres (49).

C'est d'ailleurs en utilisant l'idée de survie de la personnalité morale pour les besoins de la liquidation, que la jurisprudence a permis au liquidateur d'une société d'agir en justice au nom de celle-ci, et aux tiers d'agir contre la société sans qu'il soit nécessaire de mettre tous les associés en cause (50).

(48) Réq., 8 nov. 1836, S. 1836-1-811 ; Cass., 26 mai 1841, S. 1841-1-483.

(49) Voir pour les sociétés civiles : Réq., 2 mars 1892, S. 1892-1-497, note Meynial ; Réq., 25 avril 1910, D. 1911-1-473, rapport Denis, note Nast, et S. 1913-1-481, note E. Gaudemet.

(50) G. Ripert, Traité élém. de dr. comm., n° 594 ; Escarra et Rault, Les sociétés commerciales, t. 1, n° 54 ; Bastian, La survie de

2° *Groupements sans personnalité morale.*

317. *Conséquence du défaut de personnalité.* — En revanche, tout groupement auquel n'est pas reconnu la personnalité juridique, n'a pas la capacité d'agir en justice. Les membres d'un tel groupement doivent agir et être assignés individuellement, ou, s'ils ont donné mandat à l'un d'eux de les représenter en justice, ils doivent faire figurer leurs noms dans les divers actes de l'instance.

Tel est le cas des associations en participation (51), d'une hoirie (52), des groupements de marins ou d'ouvriers (53), d'un comité de défense laïque (54), etc...

318. *Atténuations de la portée de cette conséquence.* — Cependant, une jurisprudence qui s'était formée avant la loi du 1er juillet 1901 reconnaissait à certains groupements, constitués dans un but d'intérêt général et ayant obtenu l'approbation du pouvoir administratif, une certaine individualité leur permettant d'agir ou d'être assignés en la personne des membres de leur Conseil d'administration. Tel était le cas des sociétés d'encouragement pour l'amélioration de la race chevaline (55). Cette jurisprudence a perdu la plus grande partie de son importance depuis la loi du 1er juillet 1901 (56).

D'autre part, la jurisprudence admet que certains groupements ont une individualité suffisante pour leur permettre d'agir en justice en leur nom propre. C'est le cas des sociétés de fait à nombreux effectifs, de telle sorte que les tiers sont laissés dans l'ignorance des noms des membres et de la qualité de leurs droits respectifs (57).

En outre, la jurisprudence reconnaît une capacité passive à certains groupements considérés comme des associations de fait qui ne peuvent se soustraire à leurs engagements ou à leur responsabilité (58).

la personnalité morale des sociétés pour les besoins de la liquidation, Journal des Sociétés, 1937, p. 1 et suivantes, spécialement p. 26 et 27.

(51) Cass., 3 nov. 1914, G.P. 1914-2 et 1915-217, D. 1916-1-191.

(52) Cass. Soc., 24 juin 1948 (solution implicité), Bull. Cass. Civ., 1948, p. 670.

(53) Civ., 9 fév. 1921 (solution implicite), S. 1921-1-350, Trib. comm. Seine, 9 juin 1903, G.P. 1903-2-535.

(54) Trib. Saint-Mihiel, 24 déc. 1952, D. 1953-88, Rev. trim. de dr. civ., 1953, p. 364, obs. Hébraud.

(55) Civ., 30 août 1859, D.P. 1859-1-365 et 25 mai 1887, D.P. 1887-1-289 ; Réq., 2 janv. 1894, D. 1894-1-81, S. 1894-1-129, note Lyon-Caen.

(56) Voir cependant, pour une association de propriétaires de bois d'une commune, civ., 2 déc. 1917, D. 1918-1-15. Contra pour une société musicale, Trib. civ. Narbonne, 24 déc. 1925, G.P. 1926-1-393.

(57) Chambéry, 13 déc. 1937, D.H. 1938-169.

(58) Civ., 30 déc. 1857, D. 1858-1-21, S. 1858-1-225 ; Rennes, 2 fév. 1953, D. 1953-J-230, J.C.P. 1953-II-7449, Rev. trim. de dr. civ. 1953, p. 365,

B. — NATURE DE LA CONDITION DE L'EXISTENCE DE LA PERSONNALITÉ JURIDIQUE

319. *Raisons de la confusion entre la qualité et l'existence de la personnalité juridique.* — La confusion entre la question de l'existence de la personnalité juridique et celle de la qualité résulte de deux causes distinctes : d'une part le lien qui existe entre la personnalité juridique et la règle « Nul ne plaide par procureur », d'autre part la confusion entre les prescriptions édictées par cette règle et la notion de qualité (59).

Le défaut de personnalité morale obligeant le mandataire du groupement à révéler dans les actes de l'instance le nom de chacun des membres du groupement, il est certain qu'il y a là un lien avec la règle « Nul ne plaide par procureur ». Chaque fois que les représentants d'un groupement sans personnalité agissent ou défendent au nom de ce groupement sans indiquer les noms de ses membres, il faut appliquer la règle et considérer la demande comme irrégulière.

Mais pour qu'il y ait défaut de qualité, il faudrait que la personne qui agit au nom d'un groupement sans personnalité, soit dépourvue de tout pouvoir de représenter les membres du groupe. Or, le plus souvent, elle a véritablement ce pouvoir, soit en vertu des statuts, soit par l'effet de conventions postérieures à la constitution du groupement (60).

C'est donc la confusion qui, en doctrine et en jurisprudence, règne entre la question des formes de la représentation en justice et la question de la qualité des sujets de l'action qui a conduit à parler de défaut de qualité là où il y a, en réalité, défaut de personnalité morale.

320. *Différences entre les deux conditions.* — D'ailleurs, il y a entre ces deux notions des différences de nature et de régime juridique. Le défaut de qualité affecte le pouvoir d'agir et est sanctionné par une fin de non-recevoir (61). Le défaut de personnalité juridique d'une partie affecte à la fois le droit, l'action et le rapport d'instance (62). D'une part, la reconnaissance d'une certaine capacité d'ester en justice fait apparaître les éléments procéduraux comme subordonnés aux éléments touchant le

obs. Hébraud. Contra, Aix, 27 janvier 1925, D. 1926-2-131 ; Trib. Lannion, 9 mai 1950, D. 1951-1-230, note Savatier, Rev. trim. de dr. civ. 1950, p. 534, obs. Hébraud.

(59) Sur la distinction de la règle « Nul ne plaide par procureur » et de la qualité, cf. supra n° 221.

(60) Voir cependant pour un cas d'inexistance d'une personne physique sanctionné par un défaut de pouvoir du représentant : Cass. Comm., 19 juil. 1950, J.C.P. 1951-1-5952, note Motulsky, Rev. Trim. de Dr. Civ. 1951, p. 407, obs. Hébraud.

(61) Cf. infra n° 381.

(62) Rev. Trim. de Dr. Civ. 1950, p. 635, obs. Hébraud.

fond du droit ; ainsi, le principe de la responsabilité des dettes et de la capacité passive étant admis, on en déduit, pour les besoins de sa mise en œuvre et dans les limites de cette nécessité, la recevabilité de l'action contre le groupement, et la validité du rapport d'instance lié avec lui (63). D'autre part, la nécessité de mentionner les noms des intéressés sur les actes de procédure et de signifier ces actes à chacun d'eux retentit sur le fond, bien qu'il y ait là une simple règle de forme concernant la validité du lien d'instance ; il faut que les véritables titulaires de l'action soient connus et désignés. C'est pourquoi les juges retiennent le défaut de personnalité juridique des groupements (64).

§ 2. — *Capacité d'exercice et qualité.*

321. *Distinction.* — Il faut encore distinguer la qualité de la capacité d'exercice. On peut avoir qualité pour agir et cependant n'être pas capable d'accomplir les divers actes de l'instance, ou, inversement, n'avoir pas qualité alors que, d'ailleurs, on est certainement capable.

Ces deux notions diffèrent à deux points de vue. C'est tour à tour leur nature juridique et leur sanction qui varient.

A. — DIFFERENCE AU POINT DE VUE DE LA NATURE JURIDIQUE

322. *Incapacité d'exercice.* — Tandis que la qualité est une condition d'existence de l'action en justice, la capacité est une condition de validité du rapport d'instance.

La capacité d'exercer une action en justice est l'aptitude à accomplir valablement les actes de l'instance.

Certains incapables sont frappés d'une incapacité totale. Ils ne peuvent pas plaider par eux-mêmes, ne figurent pas à l'instance et sont remplacés par des représentants légaux ou judiciaires. C'est le cas du mineur non émancipé, représenté par son administrateur légal ou son tuteur, de l'interdit légal ou judiciaire représenté par le tuteur, ou encore de l'aliéné interné, mais non interdit, représenté par un mandataire « ad litem » (65). Il faut rapprocher de ces hypothèses celle des Juifs qui, sous l'occupation, étaient dessaisis de l'administration de

(63) Obs. Hébraud sous Trib. Civ. Lannion, 9 mai 1950, à la Rev. Trim. de Dr. Civ. 1950, p. 534-535.

(64) Rev. Trim. de Dr. Civ., 1951, p. 407 et suivantes, obs. Hébraud.

(65) Loi du 30 juin 1838, art. 33 ; Req., 15 juin 1930, G.P. 1930-1-286.

leurs biens, en vertu de l'acte dit loi du 22 juillet 1941, et représentés par un administrateur judiciaire (66).

D'autres sont frappés seulement d'une semi-incapacité. Ils peuvent agir par eux-mêmes, mais ont besoin de l'assistance d'un tiers. Le mineur émancipé ne peut agir qu'avec l'assistance de son curateur ; le prodigue et le faible d'esprit ont besoin de l'assistance de leur conseil judiciaire pour figurer dans une instance.

323. *Défaut de pouvoir.* — Il ne faut pas confondre la question de la capacité d'exercer les actions en justice avec celle du pouvoir d'agir qui est l'un des aspects de la qualité. Habituellement, on entend par pouvoir l'aptitude à exercer les droits d'autrui : on parle ainsi du pouvoir du représentant de l'incapable. Il y a là certainement une question de qualité (67). Exceptionnellement, il s'agit du pouvoir d'exercer un droit propre : tel est le cas de la femme mariée qui, n'étant plus incapable depuis la loi du 18 février 1938, est cependant soumise à des restrictions de pouvoirs résultant du régime matrimonial. Là, encore, il faut voir, non pas une question de capacité, mais une question de qualité.

B. — DIFFERENCES AU POINT DE VUE DE LA SANCTION

324. *Sanction du défaut de capacité d'exercice par une exception.* — Tandis que l'absence de qualité est sanctionnée par une fin de non-recevoir, le défaut de capacité d'exercice donne lieu à une exception de nullité. En effet, la capacité étant une condition de validité de l'instance, on comprend que son absence soit sanctionnée par une exception de procédure.

C'est en ce sens que se prononce la jurisprudence. Elle déclare que la demande irrégulière ne saurait donner lieu, de la part des parties adverses, qu'à une exception dilatoire, tendant à ce que le demandeur ne puisse procéder sans avoir été habilité (68). Le vice de la procédure est couvert au cas de régularisation, sans qu'il soit besoin de recommencer toute la procédure (69).

Lorsque le jugement sollicité par l'incapable a été rendu sans que l'exception ait été soulevée, la sanction de la violation de la condition de capacité est la nullité de ce jugement qui ne

(66) Trib. Civ. Bordeaux, 11 et 12 mars 1942, G.P. 1942-1-199.

(67) Cf. supra n° 312.

(68) Civ., 4 nov. 1901, 8, 1903-1-273 ; Angers, 9 janvier 1930, G.P. 1930-1-514 ; Cass. Civ., 12 mars 1954, G.P. 1954-1-320 ; Contra Civ., 22 juil. 1931, D.H. 1931-522. Cet arrêt de la Cour de Cassation voit dans la sanction du défaut de capacité, une fin de non-recevoir.

(69) Civ., 4 nov. 1901 et 22 juil. 1931, précités.

peut être invoquée que par les voies de recours. Si elle n'est pas invoquée, le jugement doit être exécuté ; l'incapacité ne peut plus être soulevée (70).

Si les voies de recours sont encore ouvertes, la nullité est relative et ne peut être opposée que par l'incapable ou ses héritiers ; elle ne peut pas être soulevée par les adversaires de l'incapable (71). De la sorte, si l'incapable a gagné le procès au fond, l'adversaire peut sans doute faire appel, mais seulement sur le fond sans pouvoir invoquer le défaut de capacité du gagnant. En revanche, si l'incapable a été condamné, il peut attaquer le jugement pour défaut de capacité et même proposer ce moyen pour la première fois, devant la Cour de Cassation (72). Cette possibilité qui caractérise les moyens d'ordre public est en contradiction avec le caractère relatif de la nullité.

(70) Civ., 13 janv. 1903, S. 1903-1-497.

(71) Civ., 6 avr. 1898, D. 1898-1-305, S. 1902-1-460 ; 4 nov., 1901, S. 1903-1-272 ; Req., 9 mai 1910, S. 1911-1-110 ; Civ., 31 oct. 1934, D. 1935-1-52, note Carbonnier, S. 1935-1-6, G.P. 1934-2-843.

(72) Civ., 29 oct. 1912, D. 1913-1-296, S. 1913-1-17 ; Civ., 2 juil. 1924, D. 1926-1-122.

Chapitre IV

LE FONDEMENT DE LA QUALITE

325. *Plan.* — En étudiant la nature juridique de la qualité, nous avons constaté que cette notion constituait une condition d'existence de l'action en justice. C'est à partir de cette idée que nous avons tenté de situer la qualité parmi les conditions d'existence de l'action, puis de préciser la distinction que l'on doit faire entre la qualité et le fond du litige d'une part, ainsi qu'entre celle-ci et les conditions de validité de la demande.

Notre étude serait incomplète, si nous ne nous demandions pas maintenant pour quelles raisons le droit positif exige que les plaideurs aient qualité pour agir... Il est impossible de donner une réponse unique à la question. Le fondement de l'exigence de la qualité varie selon la nature du contentieux.

SECTION I

Fondement de la qualité dans le contentieux subjectif

326. *Efficacité de la chose jugée.* — L'exigence de la qualité a pour fondement, dans le contentieux subjectif, le souci des juges de prononcer une décision efficace (1).

Le principe de la relativité de la chose jugée, consacré par l'article 1351 du Code Civil, signifie que la chose jugée n'a pas d'effet à l'égard des personnes qui n'ont été ni parties ni représentées à l'instance où le jugement a été rendu (2). Dès lors, pour que la chose jugée atteigne son but, pour qu'elle ait une efficacité complète, il est indispensable que le jugement soit prononcé entre le titulaire du droit litigieux et l'auteur de la contestation, agissant personnellement ou représentés dans l'action. Toutes les autres personnes, même celles qui auraient un intérêt à obtenir une décision sur le droit litigieux, sont, en principe, sans qualité pour agir. La chose jugée entre cel-

(1) Segui, Intervento adesivo, p. 151 ; Nencioni, Sostituzione processuale e legittimazione, p. 32.

(2) Glasson, Tissier et Morel, Traité théorique et pratique de proc. civ., t. 3, n° 775.

les-ci et l'auteur de la contestation n'aurait aucune efficacité à l'égard du titulaire du droit litigieux. L'incertitude continuerait à régner sur l'existence et l'étendue de ce droit. Le jugement intervenu n'aurait aucune efficacité ; il n'aurait pas atteint son but.

En revanche, lorsque l'action est exercée par le titulaire du droit et contre l'auteur de la contestation, ou par leurs représentants, la chose jugée a une efficacité complète, puisque l'existence et l'étendue du droit contesté sont déterminées à l'égard des personnes qui jouissent de ce droit et sont tenues des obligations corrélatives.

Par là, d'ailleurs, on comprend pourquoi la qualité doit être définie relativement aux deux sujets de l'action, le demandeur et le défendeur. L'efficacité de la décision dépend, en effet, de l'un et de l'autre et il est nécessaire que la chose soit jugée entre les deux.

327. *Subrogation dans l'action et qualité.* — Cependant, nous avons constaté que, en dehors du titulaire du droit et de son représentant, il y a une autre personne qui a qualité : c'est le subrogé dans l'action.

Il semble, à première vue, qu'au cas d'action du subrogé, la chose jugée ne peut pas atteindre son but. Mais, en pareil cas, la mise en cause du titulaire du droit permet de donner à la chose jugée sa pleine efficacité (3).

328. *Conclusion.* — On peut tirer, de cet analyse du fondement de l'exigence de la qualité pour agir au cas de contentieux subjectif, d'intéressantes directives pour déterminer quelles sont les personnes qui ont qualité.

Dans chaque cas particulier, il faut se référer aux personnes à l'égard desquelles le jugement produit ses effets.

On peut dire que, d'une manière générale, ont qualité pour agir les personnes à l'égard desquelles le jugement doit produire ses effets pour atteindre son but (4).

SECTION II

Fondement de la qualité dans le contentieux objectif

329. *Effet « erga omnes » de la chose jugée.* — Si, dans le contentieux subjectif, le fondement de l'exigence de la qualité était une question d'efficacité de la chose jugée, il n'en est plus de même dans le contentieux objectif.

(3) Nencioni, Sostituzione processuale e legittimazione, p. 32.
(4) Segui, Intervento adesivo, p. 151.

Ici, en effet, la chose jugée a effet « erga omnes ». Peu importe donc le demandeur de ce point de vue, puisque, de toute manière, le jugement obtenu est opposable à tout le monde.

Il faut donc chercher ailleurs le fondement de la qualité. Il varie d'ailleurs suivant les types d'action. Il faut distinguer entre le recours pour excès de pouvoir et l'action publique.

330. *Recours pour excès de pouvoir.* — Le recours pour excès de pouvoir est ouvert à quiconque a un intérêt personnel. A qualité, le titulaire de l'intérêt (5). Le fondement de l'exigence de la qualité n'est alors pas différent de celui de l'intérêt. Le Conseil d'Etat exige un intérêt chez le requérant pour éviter l'encombrement de sa juridiction (6). La qualité n'a, ici, pas d'autre raison d'être.

331. *Action Publique.* — L'action publique appartient, en règle générale, au Ministère Public. Celui-ci a une « compétence » exclusive à cet effet. Le fondement de l'exigence de cette compétence provient de ce que le législateur ne veut pas abandonner les poursuites à chaque citoyen, comme cela se fait dans certains pays. Cela n'aboutirait qu'à des contestations inutiles et vexatoires.

C'est pourquoi la loi a confié l'exercice de l'action publique à un organe de l'Etat, organisé dans ce but, qui présente toutes les garanties d'objectivité et d'impartialité. Tel est en définitive le fondement de l'exigence de la qualité dans l'action publique.

(5) Cf. supra, n° 33.
(6) Cf. supra, n° 272.

DEUXIÈME PARTIE

Le régime juridique de la qualité

DEUXIÈME PARTIE

Le régime juridique de la qualité

332. *Plan.* — Dans la première partie, nous avons essayé de dégager la notion de qualité prise en soi. Nous avons tour à tour examiné le domaine d'application de cette notion, sa nature juridique et son fondement. Nous avons principalement analysé la qualité comme étant l'une des conditions d'existence de l'action.

Cet examen était indispensable pour comprendre le régime juridique de la qualité. Si la plupart des notions de procédure se définissent par leur forme et leurs effets, la qualité fait exception (1). C'est une notion de fond. Son régime juridique découle précisément de sa nature.

Il est donc possible, maintenant, d'analyser les effets de la qualité à la lumière des explications fournies dans la première partie de cette thèse.

Mais auparavant, il faut examiner les sources et la preuve de la qualité qui dépendent aussi de la nature juridique de cette notion.

TITRE I. — *Sources et preuve de la qualité.*

TITRE II. — *Effets de la qualité.*

TITRE PREMIER

SOURCES ET PREUVE DE LA QUALITE

333. *Intérêt de l'étude des sources et de la preuve de la qualité.* — L'examen des sources et de la preuve de la qualité des sujets de l'action est habituellement négligé dans la doctrine. On chercherait, en vain, dans les ouvrages français récents des développements sur cette question (1). Pour trouver quelques précisions sur cette question, il faut remonter aux anciens auteurs. C'est ainsi que Pigeau s'est préoccupé, dans l'exposé de la notion d'intérêt pour agir, de présenter quelques « observations sur tous les titres qui sont les sources de l'intérêt » (2), c'est-à-dire en définitive sur les titres qui sont de nature à donner qualité. Dans la doctrine étrangère moderne, on trouve cependant quelques développements sur la question de la preuve de la qualité (3).

Si la doctrine peut garder le silence sur une telle question, il n'en va pas de même pour la jurisprudence. Mais celle-ci, sans bases théoriques suffisantes, s'est engagée souvent dans des solutions inexactes (4).

Ces faits méritent attention. Ils traduisent l'incertitude qui règne sur la nature de la condition de qualité, ils décèlent les difficultés que l'on éprouve à prendre partie sur les caractères originaux de la qualité, comme élément de recevabilité.

Cependant, l'examen des sources et de la preuve de la qualité trouve ses assises dans les solutions acquises dans notre première partie consacrée à la notion de qualité prise en soi, analysée d'un point de vue matériel. L'autonomie de la qualité relativement au fond du litige conduit à dissocier la question des sources et de la preuve de cette condition,

(1) Cependant voir quelques suggestions dans Fourneau, Pour une conception objective de l'action en justice, p. 176.

(2) Pigeau, La procédure civile du Chatelet de Paris, p. 61.

(3) Pour la doctrine italienne, voir Chiovenda, Istituzioni di diritto processuale civile, t. 1, n° 39; Nuovo digesto italiano,, V° Interesse e legitimazione ad agire, par Costa, n° 4.

(4) Cf. par exemple, cass. italienne, 15 juin 1948, Foro Italiano, 1948-I. col. 494, obs. de Stella Richter, rapportées par Montesano, in Rivista di diritto processuale, 1951, II, p. 72.

de la preuve et des sources, car la vérification de la qualité des sujets de l'action et l'établissement du bien fondé de la prétention sont deux choses bien distinctes, qui doivent être soumises à deux examens successifs.

334. *Double objet de la question.* — La question des sources et de la preuve de la qualité peut être entendue de deux manières différentes. Ce peut être d'abord la question des sources et de la preuve des « titres de nature à ouvrir l'action ». Ce peut être, ensuite, celle des sources et de la preuve de l'attribution subjective du titre invoqué, dont il est certain d'ailleurs qu'il suffit à ouvrir l'action (5).

La première de ces questions trouve une réponse immédiate. C'est la loi et, à défaut de celle-ci, la jurisprudence qui détermine les titres de nature à conférer qualité. Ces sources n'ont pas, en principe, besoin d'être prouvées ; la preuve ne serait qu'exceptionnellement requise : c'est le cas où une loi étrangère serait invoquée pour fonder la qualité (6) (ex. : cas du trustee de la succession d'un étranger qui exerce, devant une juridiction française, une action appartenant au défunt).

La deuxième de ces manières de comprendre la question des sources et de la preuve, mérite, au contraire, un examen particulier.

335. *Plan.* — Il convient de décrire d'abord les sources de l'attribution subjective du pouvoir d'action, puis d'examiner les problèmes que soulève la preuve de son appartenance subjective.

CHAPITRE PREMIER. — *Sources de l'attribution subjective du pouvoir d'action.*

CHAPITRE DEUXIÈME. — *Preuve de l'appartenance subjective du pouvoir d'action.*

(5) Sur le double aspect de la qualité voir supra n° 13.

(6) Cf. Ripert et Boulanger, Traité élém. de dr. civ. de Ploniol, t. 2, n° 2164.

Chapitre premier

LES SOURCES DE L'ATTRIBUTION SUBJECTIVE DU POUVOIR D'AGIR

336. *Définition.* — On peut dire que les sources de l'attribution subjective du pouvoir d'action sont les faits juridiques, au sens large, dont la survenance confère à une personne, appelée sujet de l'action, le pouvoir de mettre le juge en contact avec la substance du litige.

337. *Distinction à faire.* — Les faits juridiques, générateurs de la qualité, sont de natures diverses. Pour les décrire, on doit opérer une distinction entre les situations où l'examen du fond du litige est subordonné à l'existence d'un titre antérieur, et celles où il n'est pas nécessaire de fournir un titre distinct de celui que l'on demande au juge d'établir, comme conséquence du bien fondé de la demande.

SECTION I

Situations dans lesquelles la qualité consiste dans un titre distinct de celui qui fait l'objet du procès

338. *Plan.* — Les titres conférant qualité prennent des formes multiples. D'autre part, quelle que soit leur forme, la portée de ces titres sur l'attribution de la qualité varie. Nous allons d'abord étudier la forme des titres donnant qualité. Après quoi, nous examinerons leur portée.

§ 1er. — *La forme des titres.*

339. *Titre indépendant du procès et titre destiné à ouvrir l'action.* — Il faut distinguer, entre deux séries de cas donnant naissance à des formes différentes.

Dans une première série de cas, le titre qui confère qualité est un rapport, un état ou une situation juridiques indépendants du procès. Ce rapport ou cette situation sont générateurs de droits et d'obligations, dont la violation ou l'inexécution ouvre une action en justice.

Le titre qui traduit le rapport ou la situation juridique confère aussi qualité quand il est porté atteinte aux droits qui en découlent. Les formes des titres sont donc analogues à celles que l'on trouve dans le fond du droit.

Dans une deuxième série de cas, le titre, conférant qualité, a une fonction purement procédurale. Ce titre ne traduit pas un droit substantiel, sur lequel vient se greffer éventuellement une action en justice lorsque ce droit se trouve en situation de crise, mais produit uniquement un pouvoir d'action. Les formes du titre sont spécialement adaptées à cette destination.

A. — LE TITRE EST UN FAIT JURIDIQUE INDEPENDANT DU PROCES.

340. *Renvoi à la théorie générale des faits juridiques.* — Lorsque le titre conférant qualité est indépendant du procès, et n'assure donc de fonction procédurale que dans la mesure où le droit substantiel, qui est subordonné à son existence, est contesté, on doit se référer à la théorie générale des faits et des actes juridiques pour dénombrer les sources de la qualité. Ce titre peut résulter, soit d'un fait juridique « stricto sensu », soit d'un acte juridique : la preuve du fait ou de l'acte ressort de la théorie générale de la preuve.

Il ne saurait être question ici de décrire toutes les sources de la qualité entrant dans le cadre de cette définition. On ne peut que donner quelques exemples tirés de la jurisprudence.

341. a) *Faits protégés de la loi.* — La qualité résulte quelquefois d'un simple fait, protégé par la loi : ainsi celui qui exerce une action en invoquant son titre de possesseur, doit établir les faits de possession de nature à lui conférer qualité ; de même celui qui exerce l'action en exécution de l'obligation alimentaire, en invoquant un titre de parenté suffisant, doit établir la réalité du lien de parenté qui l'unit à son débiteur.

Le titre tient ici dans l'existence du fait protégé par la loi. L'absence de ce fait entraîne le défaut de qualité.

342. b) *Actes juridiques.* — D'autres fois, la qualité résulte d'actes juridiques, tels qu'une convention (contrat de vente, contrat de société, etc...) un testament, etc...

L'existence de cet acte confère qualité, à moins qu'il ne s'agisse d'un acte nul.

Ainsi, la nullité d'un lien de succession testamentaire empêche que celui qui se prétend, à tort, successeur testamentaire d'une personne qui était, elle-même, héritière légitime d'un défunt, ne puisse attaquer le testament par lequel ce

défunt a institué un légataire, privant ainsi son héritier légitime de tout ou partie de la succession (7).

Cependant la jurisprudence atténue parfois les effets de la nullité en décidant que le titre nul peut encore donner qualité : certaines décisions ont ainsi admis que la nullité du mariage ne fait pas obstacle à la possibilité de demander le divorce.

343. *Exemples.* — Les contrats font naître, par exemple, au profit ou à la charge des co-contractants, un certain nombre de droits ou d'obligations sanctionnés par des actions en justice (action en résolution, action en garantie, etc...).

Ainsi, dans le contrat de société, la qualité d'associé permet de demander la dissolution et la liquidation de la société, d'exercer « ut singuli » les actions sociales en responsabilité, etc... Le demandeur en dissolution ou en responsabilité doit établir qu'il possède le titre d'associé pour justifier de sa qualité. Il peut être facile, quelquefois, de dire si une personne possède ou non la qualité d'associé : il faut ainsi décider que la cession, par l'actionnaire, de ses droits de souscription à l'augmentation du capital de la société, ne le prive pas de son titre d'associé et qu'il a, par conséquent, en cette qualité, un intérêt certain à exercer l'action en nullité d'une augmentation de capital (8) ; il est, au contraire, certain qu'une personne qui se prétend actionnaire, alors qu'il est établi que le transfert des actions s'est fait sans l'observation des formalités organisées par la loi en cette matière, est sans qualité pour poursuivre la répression des infractions aux lois sur les sociétés commises par les administrateurs (9).

D'autres fois, il devient difficile de dire si une personne est véritablement associée. On peut en trouver un bon exemple dans une décision de la Cour de Cassation du 23 janvier 1950 (10). Dans l'espèce soumise au contrôle de la Cour suprême, il s'agissait d'une personne qui exerçait une action en dissolution de société à responsabilité limitée, pour justes motifs, en qualité d'associé.

Cette qualité était contestée dans les circonstances suivantes : la société anonyme des vignobles et caves de la Bouvraie-Anjou avait été transformée en S.A.R.L. par une décision de l'assemblée générale extraordinaire de ses membres ; le demandeur à l'action en dissolution, qui était actionnaire de la société anonyme, n'avait pas rempli les formalités utiles pour son inscription sur les registres de la S.A.R.L. nouvelle, pres-

(7) Cass. italienne, 18 juillet 1949, Giurisprudenza, Cass. Civ. itlienne, 1949-III, p. 93, note Tomei.

(8) Paris, 26 mars 1952, conclusions Gegout, S. 1953-2-181.

(9) Crim., 12 juin 1954, J.C.P. 1945-11-8291, note Chambon.

(10) Cass. Comm., 23 janvier 1950, J.C.P. 1950-11-5385, note Lescot, D. 1950-J. 300.

crite par l'article 21 de la loi du 7 mars 1925. La société défenderesse soutenait que le demandeur n'avait pas la qualité d'associé de la société transformée, parce qu'il avait omis de se faire inscrire comme participant et que les titres, dont il était porteur, ne répondaient pas aux prescriptions légales ; le demandeur prétendait établir sa qualité d'associé en invoquant les statuts de la nouvelle société qui spécifiaient que « chaque actionnaire, devenant associé, a droit à une part de la S.A.R.L. pour chaque action de la société anonyme dont il justifiera être propriétaire ». La Cour de Cassation a déclaré l'action en dissolution recevable, estimant que le demandeur avait rapporté la preuve de sa qualité d'associé de la S.A.R.L. par la production de ses anciennes actions.

La qualification de la convention s'impose quelquefois, lorsqu'il apparaît qu'une seule des qualifications possibles est de nature à conférer la qualité. Deux décisions récentes (11) illustrent cette question en matière de qualification passive dans les procès d'exécution.

Les circonstances de la cause, semblables dans les deux espèces, étaient les suivantes. Des entrepreneurs créanciers de bénéficiaires d'ouvertures de crédit consentis par le Sous-Compoir des Entrepreneurs et le Crédit Foncier de France en vue de l'édification d'un immeuble, avaient pratiqué une saisie-arrêt du montant du prêt consenti, qui se trouvait encore dans les mains du Sous-Comptoir et du Crédit Foncier. La saisie a été déclarée irrecevable car il apparaîssait, à l'examen de la convention conclue par les bénéficiaires d'ouverture de crédit avec le Sous-Comptoir et le Crédit Foncier, que ces organismes n'étaient pas débiteurs des sommes qui faisaient l'objet de la saisie-arrêt. Les juges ont analysé la convention qui liait le Sous-Comptoir aux bénéficiaires d'ouverture de crédit comme consistant, seulement, dans l'obligation de fournir sa signature pour escompte des effets de commerce destinés à permettre à ceux-ci d'obtenir, sous forme d'un crédit en compte courant, le versement des fonds nécessaires, limitativement affectés à la construction d'un immeuble. De la sorte, le Sous-Comptoir n'étant pas débiteur, les bénéficiaires du prêt ne sont ni créanciers, ni propriétaires. Quant à la Convention qui lie le Crédit Foncier de France à l'emprunteur, les juges l'ont considérée comme une consolidation du prêt consenti par le Sous-Comptoir des entrepreneurs et qui se trouve converti en un prêt amortissable, n'intervenant dans le financement de l'opération à l'égard de l'emprunteur, que lorsque l'immeuble, en vue de l'édification duquel le prêt est consenti, est achevé. Ainsi, en déclarant la saisie

(11) Trib. civ. Nice (référés), 7 sept. 1953, et Trib. civ. Seine (référés), 28 janvier 1953, G.P. 1954-1-9, D. 1954 Somme, 16.

inopérante, les juges ont consacré le défaut de qualification passive du Sous-Comptoir et du Crédit Foncier défendeurs, en raison de l'absence, chez l'emprunteur, d'une créance dont ils seraient les débiteurs.

344. c) *Jugements.* — Parmi les actes juridiques, sources de la qualité, il faut mentionner les décisions de justice. Quelquefois même, elles sont provoquées pour vider une question de qualité, lorsque la juridiction, compétente pour ce faire, n'est pas la même que celle qui statue sur le bien-fondé : c'est le cas des décisions rendues sur certaines questions préjudicielles.

Les décisions doivent être valablement prononcées et avoir l'autorité de la chose jugée, pour conférer qualité à ceux qui les invoquent. C'est pourquoi, l'inexistence d'une décision de justice entraîne le défaut de qualité de la personne qui tient précisément son pouvoir de ce jugement (12).

Il arrive, parfois, que la portée de la décision soit controversée relativement à l'attribution d'un pouvoir d'action aux personnes qui y sont visées. C'est ce qui se produit, par exemple, en matière d'administration provisoire de société. S'il ne fait pas de doute que le liquidateur d'une société nommé par jugement a qualité pour poursuivre, en son nom seul, toutes les actions de la société, il n'en est pas de même pour les administrateurs provisoires de sociétés judiciairement nommés. Un jugement a, autrefois, estimé que le mandat général dont est investi l'administrateur provisoire d'une société ne comprend pas celui de représenter la société en justice (13). La Cour de Cassation admet le contraire en termes très généraux, en décidant qu'une S.A.R.L. est valablement représentée en justice par l'administrateur provisoire nommé par l'ordonnance du président du Tribunal Civil et, par suite, seul qualifié pour agir en son nom, durant que cette ordonnance, bien que frappée d'appel, n'a été ni rapportée ni infirmée (14).

B. — LE TITRE EST DESTINE SPECIALEMENT A OUVRIR L'ACTION.

345. *Représentation dans l'action et autorisation d'agir.* — Il arrive quelquefois que le titre donnant qualité est spécialement destiné à ouvrir l'action.

(12) Douai, 22 nov. 1901, J.C.P. 1952-II-6698, note G.M., Rev. trim. de dr. civ., 1952, p. 104, obs. Hébraud.

(13) Trib. comm. Limoges, 4 mars 1904, Journal des Sociétés, 1904, p. 282, note H.B.

(14) Cass. civ., 13 juillet 1953, Bull. cass. civ., 1953-I, n° 246.

La collation du pouvoir d'action se fait habituellement par deux techniques distinctes : la représentation et l'autorisation.

1° *Le mandat « ad litem ».*

346. *Spécialité du mandat « ad litem ».* — La première technique utilisée est celle de la représentation conventionnelle (15). Sans doute le mandat peut conférer un pouvoir de représentation dans l'accomplissement d'actes juridiques, différents de l'action en justice. Mais, à la différence de ce qui se passe dans la représentation légale et judiciaire où le pouvoir du représentant est général et embrasse les activités juridiques les plus diverses, le mandat d'agir en justice doit être spécial. Le mandat général, dont une personne serait investie, ne comprend pas celui de représenter le mandant dans le pouvoir d'action. Le pouvoir doit même indiquer l'instance en vue de laquelle il est donné ; un pouvoir s'appliquant à toute contestation née ou à naître est considéré comme général et ne satisfait pas aux exigences de la loi (16).

347. *Justification du pouvoir.* — Le mandataire « ad litem » doit d'ailleurs justifier de son pouvoir. Il peut y être contraint par l'autre partie et le tribunal ne doit lui accorder audience, qu'autant qu'il a dûment établi sa qualité. Les juges du fond ont même l'obligation de vérifier la réalité et l'étendue du mandat allégué, car la Cour de Cassation considère ce principe comme d'ordre public (17).

La justification de son pouvoir par le mandataire permet, encore, de préciser l'étendue de celui-ci, de telle sorte que l'on peut savoir la mesure dans laquelle l'activité processuelle du représentant engage le représenté.

2° *L'autorisation « ad litem ».*

348. *Distinction entre le mandat et l'autorisation « ad litem ».* — Il arrive encore que le titre destiné spécialement à ouvrir l'action, soit une autorisation préalable.

L'autorisation doit être distinguée du mandat. En effet, tandis que le mandat aboutit à la collation du pouvoir qui appartient au mandant, l'autorisation, qui est conférée par un organe qui ne puise pas dans l'organisation de ses pouvoirs la qualité

(15) Il n'est pas question d'examiner ici dans tous les détails le mandat « ad litem », mais seulement de présenter les conséquences les plus importantes résultant de l'idée que le mandat « ad litem » est un titre destiné spécialement à ouvrir l'action. Pour plus de détails cf. Morel, Traité élém. de proc. civ., n°s 323 et suivants.

(16) Cass., 15 juillet 1924, D.H. 1924-559.

(17) Cass. civ., 15 janvier 1896, S. 1896-I-455, D. 1897-1-131 ; 15 juillet 1924, D. 1924-1-201 ; 17 déc. 1929, G.P. 7 fév. 1930.

pour agir personnellement, complète un pouvoir d'action qui se trouve déjà en germe chez la personne à qui elle est nécessaire.

349. *Organes desquels émane l'autorisation.* — Les organes compétents pour donner une autorisation sont de natures diverses. L'autorisation peut émaner de l'autorité de justice ; la décision du juge entre alors dans la catégorie des actes du juge qui ressortent de la juridiction gracieuse.

L'autorisation peut également émaner d'assemblées délibérantes, telles qu'une assemblée générale d'actionnaires, une assemblée de créanciers, un conseil de famille, etc..

350. a) *Autorisation pour agir par subrogation.* — Une autorisation peut être tout d'abord nécessaire lorsque le demandeur agit en son nom propre. Cette nécessité se justifie aisément dans certaines hypothèses de subrogation, puisque, s'il agit en son nom propre, le subrogé fait cependant valoir un droit qui appartient à autrui.

En matière d'action oblique, on a soutenu que le créancier qui agit, devait préalablement se faire subroger, par voie d'autorisation de justice, pour exercer l'action du débiteur (18), conformément à la tradition de l'ancien droit. Cependant, la majorité de la doctrine et une jurisprudence constante pense que l'on ne peut pas exiger cette formalité dans le silence de la loi (19.)

Toutefois, certaines décisions posent la nécessité d'une subrogation par autorisation préalable, à propos de la saisie-arrêt (20.) Il est, en tout cas, acquis que le créancier saisissant, dont le titre de créance n'est pas certain, doit obtenir, du Président du Tribunal Civil, une autorisation de procéder à la saisie, afin de permettre à celui-ci de vérifier la vraisemblance de la créance alléguée (21).

En matière d'action sociale en responsabilité exercée « ut singuli » par voie d'action individuelle ou par voie d'action collective des actionnaires réunissant au moins le vingtième du capital social, on admettait autrefois que l'exercice de cette action pouvait être subordonné, par une clause des statuts, à

(18) Aubry et Rau, Droit civil français, t. 7, paragraphe 312, p. 199 et suivantes.

(19) Ripert et Boulanger, Traité élém. de dr. civ. de Planiol, t. 2, n° 1402; Civ. 28 juil. 1854, D. 1854-1-303, S. 1854-1-153; Cass., 24 fév. 1869, D. 1870-1-64; Bourges, 7 nov. 1900, D. 1902-2-124.

(20) Trib. Evreux, 13 mars 1878, Journal des Avoués, 1878, p. 261; Poitiers (motifs), 24 janv. 1889, D. 1890-2-97, S. 1889-2-182; Paris, 7 fév. 1902, D. 1903-2-256; Paris, 22 nov. 1905, S. 1906-2-30; Contra: Dijon, 17 fév. 1897, D. 1898-2-31, S. 1898-2-157; Chambéry, 13 mai 1902, D. 1903-2-236.

(21) Cf. Nouveau Répertoire Dalloz, V° Saisie-arrêt.

une délibération préalable de l'Assemblée générale des actionnaires. Le décret-loi du 31 août 1937, intervenu pour modifier l'art. 17 alin. 2 et suivants de la loi du 24 juillet 1867 a supprimé la possibilité de soumettre à une autorisation préalable l'exercice de l'action « ut singuli », en disposant « qu'est nulle et réputée non écrite toute clause des statuts de la société ayant pour effet de subordonner l'exercice de cette action à l'avis préalable ou à l'autorisation de l'Assemblée générale, ou qui comporte par avance renonciation à l'exercice de la dite action ».

Le droit actuel connaît encore un cas dans lequel l'exercice « ut singuli » des actions sociales est subordonné à une autorisation préalable. L'exercice, par le contribuable de la commune, des actions de cette collectivité publique est subordonné par l'art. 123 de la loi du 8 avril 1884 à une autorisation préalable du Conseil de Préfecture (22).

351. b) *Autorisation pour faire valoir un droit personnel.* — Il arrive encore qu'une autorisation soit nécessaire pour faire valoir en justice un droit personnel au demandeur. Cette exigence se comprend difficilement. Elle est d'ailleurs exceptionnelle.

On la trouve dans la matière des régimes matrimoniaux. L'art. 217 du Code Civil dispose que l'époux qui veut accomplir un acte de disposition sans le concours ou le consentement de l'autre époux, peut obtenir une autorisation judiciaire, si celui-ci est hors d'état de manifester sa volonté, ou si son refus n'est pas justifié par l'intérêt de la famille. Parmi les actes de disposition visés au texte, entrent certaines actions en justice.

Cette disposition s'explique par le régime spécial d'organisation des pouvoirs des époux particuliers aux régimes matrimoniaux.

Une autorisation judiciaire préalable est encore nécessaire pour conférer qualité au propriétaire qui veut exercer son droit de reprise lorsque l'immeuble, objet de la reprise, a été acquis depuis plus de 4 ans. L'autorisation est accordée lorsque le demandeur établit que son acquisition n'a été faite que pour se loger, pour satisfaire un intérêt familial, en dehors de toute idée de spéculation (23). Ce régime spécial de qualification à l'action s'explique par le caractère spécial, dérogatoire au droit commun, de la législation actuelle sur les baux à loyer.

352. c) *Autorisation donnée au représentant.* — Une autorisation peut être encore nécessaire lorsqu'une personne agit

(22) Caen, 4 avril 1928, Rec. Rouen et Caen 1928-2-137 ; Conseil de préfecture de Caen, 26 juil. 1951, D. 1952-J-726, note G.G.

(23) Sur le moment où cette autorisation doit être sollicitée, cf. Trib. civ. Seine, 31 oct. 1949, D. 1950-J-51.

comme représentant d'autrui. Il faut supposer que le représentant puise ses pouvoirs dans la loi. L'autorisation ne s'analyse pas en un mandat « ad litem », mais constitue seulement un moyen de contrôle de l'opportunité de l'exercice de l'action. Elle est conférée par un organe qui ne tire pas de l'organisation de ses pouvoirs la qualité d'agir par lui-même.

Ainsi, l'art. 464 du Code civil dispose qu'aucun tuteur ne peut introduire en justice une action relative aux droits immobiliers du mineur, ni acquiescer à une demande relative aux mêmes droits sans l'autorisation préalable du Conseil de famille.

De même, le maire qui intente les actions au nom de la commune doit être muni d'une autorisation préalable résultant d'une délibération du Conseil Municipal.

On peut encore citer l'autorisation par une délibération prise à la majorité individuelle de créanciers présents dont doit être pourvu le syndic de la faillite, qui intente contre le failli des poursuites pour banqueroute, ou s'y porte partie civile au nom de la masse des créanciers (24).

§ 2. — *La portée des titres.*

353. *Distinction.* — Quelle que soit la forme des titres conférant qualité, la portée de ceux-ci sur l'attribution subjective de la qualité varie. Il faut distinguer entre les titres constitutifs de la qualité et les titres translatifs de qualité.

354. *Titres constitutifs de qualité.* — Sont constitutifs de la qualité, les titres qui créent un pouvoir d'action sur la tête d'une personne. Ainsi en matière d'action en exécution de l'obligation alimentaire, le fait juridique d'un lien de parenté suffisant est constitutif de la qualité car il fait naître la qualification active dans la personne du créancier d'aliment et la qualification passive dans celle du débiteur.

Parmi les titres constitutifs, il faut encore opérer une distinction. Certains titres sont radicalement constitutifs en ce sens qu'avant leur formation il n'existait aucun germe de pouvoir. D'autres, à l'inverse, viennent seulement compléter un pouvoir qui existait déjà en germe sur la tête de la personne à qui ils sont nécessaires pour ouvrir l'action : tel est le cas de l'autorisation préalable ; on ne peut pas tenir pour translative de qualité, une autorisation de justice ou d'assemblée délibérante, car les organes dont celle-ci émane ne sont pas de toute manière qualifiés.

355. *Titres translatifs de qualité.* — Sont translatifs de qualité, les titres dont la fonction est de faire passer le pouvoir d'action de la tête d'une personne sur celle d'une autre.

(24) Escarra, Manuel de dr. comm., t. 2, n° 1503.

Parmi ceux-ci, il en est qui transfèrent le pouvoir d'action en même temps que le droit substantiel : tel est le cas d'une cession, d'une subrogation, d'une succession « ab intestat » au testamentaire.

D'autres, au contraire, transfèrent uniquement le pouvoir d'action sans que le droit substantiel ne soit transmis : tel est le cas du mandat « ad litem », de la créance conférant au créancier le pouvoir d'action oblique.

SECTION II

Situations dans lesquelles la qualité ne résulte pas d'un titre distinct de celui qu'on demande au juge d'établir

356. *La qualité est la possibilité d'être titulaire du droit litigieux.* — Il arrive quelques fois qu'il ne soit pas nécessaire, pour justifier de sa qualité, d'invoquer un titre antérieur, distinct de celui qui fait l'objet du procès. Quelle est alors la source de la qualité ?

On pourrait être tenté de soutenir que ce titre est précisément celui que l'on demande aux juges d'établir en statuant sur le fond même du litige. La qualité serait ainsi, en quelque sorte, l'objet même du procès (25), de telle sorte que la qualité deviendrait une condition du succès de la demande puisqu'elle résulterait de la décision intervenue sur le fond (26). Ainsi la qualité pour agir en contestation de reconnaissance de la filiation naturelle de celui qui prétend être le père véritable de l'enfant dont la filiation est contestée, résulterait de la preuve de la paternité rapportée par le demandeur (27).

Une telle manière de voir résulte de la confusion entre la question de qualité et celle du succès de la demande (28). La source de qualité n'est ici, ni le fait juridique de la paternité établie par le père véritable, ni le jugement intervenu sur l'action en contestation de reconnaissance, mais seulement la possibilité pour le demandeur d'être titulaire du droit d'agir en contestation de reconnaissance. Le titre conférant qualité ne tient donc ni dans le fait juridique de la paternité établie

(25) En ce sens voir Fourneau, Pour une conception objective de l'action en justice, n° 176.

(26) Fourneau, op. cit., n° 102.

(27) En ce sens Cass. italienne, 15 juin 1948, Foro Italiano, 1948-I, p. 494, obs. de Stella Richter, rapportées par Montesano, in Rivista di diritto processuale, 1951-II, p. 72.

(28) Sur la critique de cette confusion cf. Supra n°s 280 et suiv.

par le père véritable, ni dans le jugement intervenu sur l'action en contestation de reconnaissance, mais seulement dans la possibilité pour le demandeur d'être titulaire du droit d'agir en contestation de reconnaissance. Le titre conférant qualité ne tient donc ni dans le fait juridique, ni dans un acte, mais dans une simple possibilité, celle d'être titulaire du droit prétendu. C'est sans doute ce qu'a voulu dire M. Fourneau en précisant que, si la qualité ne peut être finalement établie que par l'examen du fond de l'affaire, elle doit être appréciée une première fois dans le cadre de la prétention pour éviter des instances inutiles et consiste alors dans la seule prétention d'un titre conforme au type d'action engagée (29).

(29) Fourneau, Pour une conception objective de l'action en justice, nos 102 et 176.

Chapitre II

LA PREUVE DE L'APPARTENANCE SUBJECTIVE DU POUVOIR D'AGIR

357. *Plan.* — La preuve de la qualité doit être soigneusement distinguée de celle du bien-fondé de la demande. Les deux preuves n'ont pas le même objet : la preuve du bien-fondé est beaucoup plus ample et beaucoup plus difficile à rapporter que celle de la qualité (1).

A l'examen de la consistance de l'objet de la preuve de la qualité, il faut ajouter l'étude de la charge de la preuve, puis celle des modes de preuve.

SECTION I

L'objet de la preuve de la qualité

358. *Définition de l'objet de la preuve de la qualité.* — L'objet de la preuve de l'appartenance subjective du pouvoir d'action est la preuve de la relation qui lie les sujets de l'action aux sujets du droit litigieux ou aux bénéficiaires de l'avantage poursuivi en justice, selon la nature subjective ou objective du contentieux. On peut encore dire que la preuve de la qualité consiste dans la preuve du titre entendu au sens matériel, qui suffit à conférer qualité.

359. *Degré de complexité de la preuve de la qualité.* — L'établissement de cette relation exige une preuve plus ou moins complexe, selon que la qualité est née dans la personne des sujets de l'action ou, au contraire, leur a été seulement transmise. Pigeau dans les observations qu'il présentait sur tous les titres qui sont les sources de l'intérêt, distinguait déjà entre les cas où « l'intérêt est né en nous-mêmes » et ceux où « il nous a été transmis » (2).

(1) Rivista di diritto processuale, 1951, II, p. 73, obs. Montesano.
(2) Pigeau, La procédure civile du Chatelet de Paris, p. 61.

§ 1er. — *La qualité est née dans la personne des sujets de l'action.*

360. *Qualité résultant d'un titre distinct.* — Lorsque la qualité est née dans la personne des sujets de l'action, c'est-à-dire lorsqu'elle résulte d'un titre constitutif (3), il suffit de le prouver ; cette preuve se fait en administrant le titre qui a donné naissance à la qualité (4). La question de preuve se présente ici de manière simple.

Ainsi, il suffit au demandeur en divorce, pour justifier de sa qualité d'époux, de fournir la preuve de son état par la production de son acte de mariage par exemple. Il suffit encore au demandeur en dissolution d'une société, pour justifier de sa qualité d'associé, de produire les titres de société qu'il détient à son nom.

361. *Qualité consistant dans la possibilité d'être titulaire du droit litigieux.* — Lorsque la qualité ne résulte pas d'un titre antérieur, mais consiste en la simple possibilité d'être titulaire du droit que l'on demande au juge d'affirmer, il suffit de prouver cette possibilité en confrontant la qualité alléguée avec le titre que le droit positif juge suffisant pour ouvrir l'action. Il n'y a pas d'autre preuve à fournir. Ce serait exiger une preuve beaucoup plus ample et plus difficile que de contraindre un demandeur à établir le bien-fondé de la demande pour établir par cela même sa qualité ou celle du défendeur.

Ainsi, lorsque l'action en contestation de la sincérité de la reconnaissance de la filiation naturelle est exercée par le véritable père de l'enfant dont la filiation est litigieuse, on ne peut forcer le demandeur à justifier qu'il est le véritable père de l'enfant pour prouver sa qualité (5). Il lui suffit d'établir que, pour le cas où la reconnaissance ne serait pas sincère, il a la possibilité de la contester. Décider le contraire aboutit à confondre la question de la qualité avec celle du bien-fondé et à exiger une preuve beaucoup plus large et difficile que celle qui doit être normalement requise (6).

§ 2. — *La qualité a été transmise aux sujets de l'action.*

362. *Double objet de la preuve au cas de transmission de qualité.* — Lorsque la qualité a été transmise aux sujets de

(3) Cf. Supra, n° 354.

(4) Pigeau, op. cit., loc. cit.

(5) Contra, Cass. italienne, 15 juin 1948, Foro italiano, 1948-1-494, obs. Stella Richter.

(6) Obs. Montesano, sous Cass. italienne, 15 juin 1948 précité, in Rivista di diritto processuale, 1951, II, p. 73.

l'action, c'est-à-dire lorsqu'elle résulte d'un titre translatif (7), l'objet de la preuve est complexe, outre la preuve que la qualité est née en la personne de l'auteur de la transmission, il faut encore que les sujets de l'action justifient de cette transmission.

A. — PREMIER ELEMENT : LA PREUVE DE LA NAISSANCE DE LA QUALITE DANS LA PERSONNE DE L'AUTEUR DE LA TRANSMISSION.

363. *Nécessité de cette preuve.* — Le sujet de l'action, à qui la qualité a été transmise, doit établir d'abord que celle-ci est née en la personne de l'auteur de la transmission. Ainsi, l'héritier qui exerce les actions relatives aux droits héréditaires doit établir que le « de cujus » aurait eu qualité pour agir parce que, par exemple, il était titulaire du droit litigieux. De même, le créancier, qui exerce l'action oblique, doit prouver que le pouvoir d'action est né en la personne de son débiteur. Lorsque l'action est exercée par un mandataire, celui-ci doit établir que la qualité existe en la personne du mandant.

L'exigence de cet élément de preuve est essentiel. Si le sujet de l'action n'établit pas que la qualité, qu'il prétend lui avoir été transmise par un tiers, est née dans la personne de son auteur, il doit être débouté pour défaut de qualité. Cela est vrai alors même que la transmission lui aurait été régulièrement faite puisque celle-ci serait sans objet.

On a quelquefois tiré de l'importance de cet élément de preuve la conclusion que la qualité doit être appréciée dans la personne chez qui elle est née, tout au moins dans les cas de subrogation et de représentation (8). Mais il ne faut pas oublier que la qualité est une condition relative aux sujets de l'action et qu'elle regarde donc celui qui agit ou contredit à l'action et, non pas nécessairement le titulaire du droit substantiel (9).

B. — DEUXIEME ELEMENT : LA PREUVE DE LA TRANSMISSION DE LA QUALITE.

364. *Nécessité de rapporter la preuve d'une transmission régulière.* — Pour établir leur qualité, il ne suffit pas que les sujets de l'action établissent que la qualité est née dans

(7) Cf. Supra n° 355.

(8) Dans les hypothèses ob le transfert de qualité résulte du transfert du droit substantiel, il paraît impossible de soutenir que la qualité puisse être appréciée dans la personne de l'auteur du transfert. La cession d'un droit litigieux régulièrement faite prive le cédant de tout pouvoir d'action relatif à ce droit.

(9) Cf. supra n° 16.

la personne de l'auteur de la transmission, mais il faut, en outre, qu'ils justifient de cette transmission et que les conditions qui y étaient attachées ont été remplies (10).

Il peut, en effet, arriver que celui qui a transmis la qualité l'ait eue véritablement pour exercer l'action en justice, et que cependant la personne qui se prévaut de cette transmission n'ait pas elle-même qualité pour une cause qui vicie l'effet de la transmission, qu'il s'agisse d'une transmission du droit substantiel ou seulement d'une transmission de qualité à la suite d'une modification du droit (faillite, saisie) ou d'un acte juridique de nature à transmettre la qualité (par ex. : mandat).

Cela arrive tout d'abord lorsque le droit substantiel ou l'action ne sont pas de ceux qui peuvent être transmis activement ou passivement en raison de leur caractère strictement personnel. La transmissoin est nulle car elle porte sur un objet qui, par la nature, ne peut être transféré. Ainsi le créancier ne peut exercer, par voie oblique, les actions extra-patrimoniales de son débiteur ainsi que certaines actions comprises dans le patrimoine telles que celles qui sont relatives à des bien insaisissables ou celles des actions patrimoniales dont l'exercice suppose l'appréciation d'un élément moral : la jurisprudence déclare le créancier sans qualité pour exercer l'action en séparation de biens (11), l'action en réparation du préjudice moral causé à la personne physique (12), les actions relatives à la pension alimentaire (13), etc... De même la loi du 3 avril 1942 déclare nul le mandat d'exercer une action en indemnité pour la réparation du préjudice corporel, dans certains cas.

Lorsqu'au contraire l'action est transmissible, il faut encore observer qu'au cas de transmission à cause de mort, cette action est divisible dans la même mesure que le droit qu'elle sanctionne et ne peut donc être exercée par ou contre chacun des héritiers que pour sa part (14).

(10) Pigeau, La procédure civile du Châtelet de Paris, p. 61; Chiovenda, Istituzioni di diritto processuale civile, n° 39; Nuovo digesto italiano, V° Interesse e legitimazione ad agire, par Costa, n° 4.

(11) Civ., 11 déc. 1895, D. 1897-1-17.

(12) Civ. 21 fév. 1859, D. 1859-1-197; Crim., 4 déc. 1936, D.H. 1937-102; Civ., 8 mars 1940, S. 1940-1-77; Lyon, 17 juin 1864, S. 1865-2-139; Trib. Seine, 4 juil. 1901, G.P. 1901-2-284; Montpellier, 18 mars 1930, D.P. 1930-2-145, note Percerou; Paris, 6 déc. 11938, D.H. 1939-107.

(13) Voir pour l'action en paiement: Limoges, 17 déc. 1935, S. 1936-2-201, note Costes; pour l'action en révision ou en suppression de la pension: Cass. civ., 29 juin 1948, J.C.P. 1948-11-1036, note Madray.

(14) Civ. 27 nov. 1918, D.P. 1922-1-170.

365. *Formes de la transmission.* — La transmission de qualité peut encore être viciée pour inobservation des formes prescrites par la loi. Lorsqu'il s'agit d'une cession de droits à titre particulier, la loi peut requérir certaines formalités pour que la cession soit valable ; la violation des formes prive le cessionnaire de sa qualité. Ainsi, la Chambre Criminelle de la Cour de Cassation a dénié récemment la qualité pour interjecter appel d'une ordonnance de non lieu rendue par le juge d'instruction en matière d'infraction aux lois sur les sociétés, à des personnes qui se prévalaient de la qualité d'actionnaires propriétaires d'actions nominatives, alors que la cession des titres à celles-ci avait été passée devant notaire et n'avait même pas été signifiée à la société, au lieu d'être effectuée par transfert sur les registres sociaux, conformément aux prescriptions légales (15). En matière de transmission à cause de mort, il arrive encore que l'héritier ou le légataire doive établir l'accomplissement de certaines formalités pour justifier de sa qualité : ainsi l'héritier bénéficiaire justifie de cette qualité en produisant le récépissé de déclaration au greffe de son acceptation de la succession sous bénéfice d'inventaire ; de même le légataire particulier ou universel doit établir qu'il a obtenu la délivrance de son legs (16). On peut encore citer le cas du mandataire « ad litem » qui doit justifier d'un mandat spécial pour le procès engagé.

366. *Exemple : le procès d'exécution forcée.* — Le procès d'exécution forcée illustre particulièrement l'exigence de la preuve de l'accomplissement de conditions spéciales en même temps que de la transmission de qualité (17). La loi édicte en effet des règles spéciales pour la qualification exécutive au cas de transfert de droit.

Relativement à la qualification active, le cessionnaire d'une créance ne peut agir pour l'exécution forcée qu'après avoir notifié la cession au débiteur ou qu'après acceptation de la cession par le débiteur cédé. En effet, jusqu'à l'acceptation ou la signification, le cédant reste titulaire de la créance cédée et le cessionnaire n'est pas réputé créancier (18). C'est pourquoi le cessionnaire n'a pas jusque là le droit de procéder à l'exécution forcée, mais seulement le droit de faire des actes conservatoires comme un créancier sous condition suspensive. Il peut par exemple pratiquer une saisie-arrêt entre

(15) Cass. crim., 12 juin 1954, J.C.P. II. 8291, note P. Chambon.

(16) Le légataire universel n'a pas à rapporter cette preuve lorsqu'il n'y a pas d'héritier réservataire.

(17) Chiovenda, Istituzioni di diritto processuale civile, t. 1, n° 93.

(18) Ripert et Boulanger, Traité élém. de dr. civ. de Planiol, t. 2, n° 7119.

les mains du débiteur du cédé (19). A l'inverse, après l'acceptation ou la signification de la cession de créance au débiteur cédé, le cessionnaire a qualité pour procéder à l'exécution : il peut, par exemple, obtenir la cession-transport des sommes saisies entre les mains du débiteur du cédé dans la période antérieure à la signification ou à l'acceptation. En droit commercial, l'endossement translatif de la lettre de change permet à l'endossataire de procéder à l'exécution de la créance sur le patrimoine du tiré.

Relativement à la qualification passive, l'action en exécution présente aussi une particularité dans le droit des successions. En effet, dans le domaine du passif successoral, les titres exécutoires contre le défunt, sont exécutoires contre ses héritiers. Mais on ne peut procéder à l'exécution que huit jours après qu'ils leur aient été notifiés (20) : ainsi la qualification passive des héritiers est subordonnée à la notification préalable du titre exécutoire contre le défunt.

SECTION II

La charge et les modes de preuve

367. *Charge de la preuve.* — La charge de la preuve de la qualification incombe dans tous les cas à celui qui saisit le juge. La qualité n'est jamais présumée en sa faveur. Celui-ci doit en effet établir d'abord qu'il est qualifié activement dans le procès : si une contestation s'élève sur sa qualification, il doit représenter le titre qu'il invoque, que le défaut de qualité soit soulevé par lui-même, par le défendeur ou même par un tiers ; la personne qui contredit à l'action, lorsqu'elle excipe du défaut de qualité du demandeur, n'a pas, semble-t-il à l'établir.

La personne qui saisit le juge doit encore établir que le défendeur a qualité si celui-ci le conteste. Il suffit au défendeur de prétendre que, si le droit existe, ce n'est pas contre lui : il n'a pas à établir qu'il n'a pas qualité, de la même manière que la charge de la preuve quant au fond du droit incombe au demandeur.

368. *Modes de preuve.* — Quant aux modes de la preuve de la qualité, il faut se référer aux modes de preuve des actes

(19) Cass., 1er mai 1889, D. 1890-1-264 ; Civ., 4 mars 1931, D.P. 1933-1-73, note Radouaut.

(20) Ripert et Boulanger, Traité élém. de dr. civ. de Planiol, t. 3, n° 2274.

juridiques qui forment les titres de nature à conférer qualité. Il faut toutefois noter qu'en matière de qualité, la portée de la chose jugée a une valeur spéciale moins grande que la chose jugée sur le fond (21).

(21) Cf. infra n° 399.

TITRE DEUXIEME

EFFETS DE LA QUALITE

369. *Plan.* — La notion de qualité ne gouverne pas seulement la détermination de la preuve que les sujets de l'action ont à fournir. Elle domine encore la détermination des effets qui lui sont attachés.

La nature de condition de l'action en justice engendre les effets spécialement attachés à l'idée de recevabilité. Aucun des cas de qualité, qui entrent dans le domaine d'application de cette notion, ne peut y échapper. En effet, bien qu'elle renferme des hypothèses très malléables, la qualité trouve son unité dans sa nature juridique et ses effets doivent donc être recherchés à partir de cette idée centrale.

Il faut étudier quatre questions essentielles qui se posent au fur et à mesure du développement du litige.

On doit d'abord rechercher quelle est la loi applicable à la qualité. La question se pose aussi bien en matière d'application des lois dans le temps qu'en matière de conflits de lois dans l'espace.

Il faut ensuite se demander quelle est la sanction du défaut de qualité.

Il convient, après cela, de rechercher quelle est la portée de l'autorité de la chose jugée en matière de qualité.

Enfin, nous examinerons en dernier lieu les difficultés qui se présentent, lorsqu'une même personne possède des qualités diverses.

CHAPITRE I. — *La loi applicable à la qualité.*

CHAPITRE II. — *La sanction du défaut de qualité.*

CHAPITRE III. — *La portée de l'autorité de la chose jugée sur la qualité.*

CHAPITRE IV. — *La diversité de qualités.*

Chapitre premier

LA LOI APPLICABLE A LA QUALITE

370. *Les divers conflits de loi et la qualité.* — Il peut s'agir quelquefois de la détermination de la loi applicable dans le temps. D'autres fois, c'est la loi applicable dans l'espace qu'il faut préciser.

SECTION I

Les conflits de lois dans le temps

§ 1er. — *Position de la question.*

371. *Cas dans lesquels se pose la question.* — La question se pose dans deux situations différentes.

Dans la premiere situation, il faut supposer que l'un des sujets de l'action est bien titulaire du pouvoir d'action au moment où il l'exerce, mais l'intervention d'une loi nouvelle, en cours d'instance, le prive de sa qualité pour agir : une personne exerce, par exemple, une action en pétition d'hérédité ou une action en nullité de testament en invoquant la qualité d'héritier collatéral au septième degré ; en cours d'instance, une loi intervient pour restreindre la vocation héréditaire des collatéraux au sixième degré. On peut encore envisager l'hypothèse du mari d'une femme dotale qui a déjà exercé une action relative aux biens dotaux de celle-ci, lorsqu'une loi intervient ensuite pour donner exclusivement qualité à la femme dans l'exercice des actions dotales. Se trouverait encore dans cette situation le syndicat professionnel qui, après avoir exercé une action en réparation du préjudice causé à la profession dans laquelle ses membres sont recrutés, serait dépouillé par le législateur de ses prérogatives au profit d'un autre organe qui paraîtrait mieux qualifié que lui pour agir, comme l'ordre professionnel, par exemple.

Dans la deuxième situation, il faut supposer que la loi nouvelle intervient pour dépouiller une personne de son pouvoir d'action, avant même qu'elle l'ait exercé en justice. C'est le cas par exemple, de l'obligataire d'une société qui, avant d'avoir exercé une action relative aux droits des obligataires,

se trouve privé de tout pouvoir d'action au profit de la masse des obligataires agissant par l'intermédiaire d'un mandataire. Le même exemple peut être donné pour les copropriétaires d'appartements que la loi vient d'organiser en syndicats ou pour les sinistrés organisés en association syndicale de remembrement.

372. *Solution à répéter.* — Si la loi règle la question il n'y a pas de difficultés : on trouve la solution du conflit en se référant à ses dispositions.

Mais lorsque la loi ne dit rien, que faut-il décider ?

Si la qualité était une condition de validité du rapport d'instance, se rapportant à une forme de procéder, il conviendrait d'appliquer immédiatement la loi nouvelle même en cours d'instance.

Il est, en effet, de principe qu'en matière d'organisation judiciaire et de procédure, la loi nouvelle doit régir toutes les instances, celles commencées avant sa promulgation, comme celles nées de faits antérieurs à cette promulgation et non encore commencées à cette époque. Il n'y a pas lieu de tenir compte ici de droits acquis, car, on n'a jamais de droits acquis à une forme de procéder (1). C'est cette règle qui est, par exemple, appliquée en matière de capacité.

Il en résulterait que si la qualité disparaissait en cours d'instance, l'instance serait éteinte. A l'inverse, si une instance avait été engagée sans qualité mais qu'une loi nouvelle vienne attribuer par la suite qualité au demandeur la procédure serait régularisée par l'acquisition du titre nécessaire pour qu'elle soit valable.

Si la qualité était assimilée à une condition de succès de la demande et ne se distinguait pas du fond, elle serait régie par la loi applicable au fond du procès, c'est-à-dire par la loi en vigueur à la naissance du droit litigieux.

La conséquence serait que, lorsqu'une loi nouvelle vient retirer à une personne la qualité pour agir avant même que l'action ait été exercée mais après cependant qu'un droit soit né au profit de celle-ci, l'action serait recevable car la qualité existait à la date de la naissance du droit.

L'appartenance de la condition de qualité au domaine de la recevabilité implique le rejet de ces deux solutions, pour soumettre la qualité à un régime intermédiaire qui est celui-là même des autres conditions de recevabilité de l'action en justice.

(1) Morel, Traité élém. de proc. civ., n° 19, p. 17; Brulliard, Proc. civ. n° 7.

§ 2. — *Détermination de la loi applicable à la qualité dans le temps en droit positif.*

373. *Appréciation de la qualité au moment de l'introduction de la demande.* — La jurisprudence décide que, pour apprécier si une personne a qualité pour agir, il faut se placer au moment de l'introduction de l'instance et considérer la loi en vigueur à cette date.

La qualité s'apprécie donc au moment où est formée la demande introductive d'instance (2).

Par là, la qualité se distingue du régime auquel sont soumises les conditions de validité de l'instance, puisque la jurisprudence refuse d'appliquer la loi nouvelle venant modifier la qualité aux actions exercées antérieurement à sa promulgation. Dans l'espèce citée de la Chambre Civile de la Cour de Cassation (3), il s'agissait précisément de savoir si l'action en reprise de biens confisqués au détriment d'une congrégation religieuse, exercée par un héritier en ligne collatérale, pouvait être poursuivie après qu'une loi soit intervenue pour limiter le droit de reprise aux héritiers en ligne directe. La Cour de Cassation a déclaré que l'action pouvait être continuée, nonobstant l'intervention de la loi au cours d'une instance non encore achevée.

La qualité se distingue encore des règles qui régissent le fond du droit sur ce point. En effet, tandis que la loi applicable au droit déduit en justice est celle de la naissance de celui-ci, la loi applicable à la recevabilité de l'action, et donc à la qualité est celle qui est applicable au moment où elle est exercée (4).

374. *Critique de la jurisprudence.* — Cependant cette jurisprudence n'est pas à l'abri de toute critique. Si elle doit être approuvée lorsqu'elle distingue la loi applicable dans le temps à la qualité de celle qui régit les conditions de validité du rapport d'instance, comme de celle à laquelle sont soumises les conditions de succès de la demande, elle paraît difficile à admettre lorsqu'elle apprécie la loi applicable à la qualité au moment de l'introduction de la demande. Elle confond ici, en effet, l'action qui est un pouvoir indépendant de son exercice, avec la demande qui est l'exercice du pouvoir d'action. Or, il est évident que l'action naît avant son exercice par la demande : la date de naissance du pouvoir d'action est celle où est née la contestation qu'il permet de résoudre.

(2) Civ., 29 oct. 1912, D. 1917-1-107; Voir encore pour d'autres conditions de recevabilité, Civ., 9 mars 1863, D. 1863-1-176; Paris, 7 juin 1928, D. 1929-2-120.

(3) Civ., 29 oct. 1912 précité.

(4) Morel Traité élém. de proc. civ., n° 25, p. 27; Civ., 9 mars 1863, D. 1863-1-176; Paris, 7 juin 1928, D. 1929-2-120.

Il faudrait donc admettre que la loi applicable à la qualité est, non pas celle de l'introduction de la demande, mais celle de la naissance de la contestation. Il est vrai qu'il sera souvent difficile d'établir cette date, et que les juges trouveront plus commode de se référer à celle de la demande.

SECTION II

Les conflits de lois dans l'espace

375. *Idée générale.* — Lorsqu'on se demande de quelle manière il convient, en matière de qualité, de régler les conflits de lois dans l'espace, on peut hésiter entre la loi du fond et la loi du for.

Les lois de procédure, comme les lois d'organisation judiciaire et de compétence, sont régies par la loi du for (5). C'est pourquoi les conditions de validité de l'instance sont soumises à la loi du for : il en est ainsi de la règle « Nul en France ne plaide par procureur », qui signifie que le représentant doit indiquer le nom du représenté dans les actes de l'instance (6).

L'action en justice, bien qu'elle soit un pouvoir autonome distinct du droit déduit en justice, entretient de tels rapports avec le contenu de la prétention, qu'elle est régie par la loi du fond. De la sorte ses conditions d'existence s'y trouvent soumises.

Par suite, la qualité est régie par la loi du fond, dès lors que l'on ne peut relever dans l'attribution subjective du pouvoir d'action conféré à une personne par la loi étrangère, aucune disposition qui soit contraire à l'ordre public international.

§ 1er. — *Le principe : soumission de la qualité à la loi du fond.*

376. *Principe — Titulaire du droit.* — On pose comme principe général que la qualité est régie par la loi du fond (7). Ce principe s'applique à toutes les hypothèses de qualité.

(5) Brulliard, Proc. civ., n° 7; Batiffol, Traité élém. de droit international privé, n° 724.

(6) Douai, 28 avr. 1897, D. 1899-2-195; Paris, 2 déc. 1906, Journal de droit international privé, 1907, p. 37. La capacité d'agir en justice dépend cependant de la loi personnelle de l'intéressé, et non de la loi du for; voir à propos des jeunes mariées étrangères, civ., 29 juil. 1901, S. 1903-1-73; Civ., 17 juil. 1914, revue de droit international privé, 1914, p. 621.

(7) Note Batiffol, au S. 1944-1-133.

Il paraît normal d'admettre que la qualité est soumise à la loi du fond lorsqu'elle est entendue comme l'identité des sujets de l'action et des sujets du droit litigieux (8). On admet ainsi que la loi du fond régit l'attribution subjective des actions qui sont réservées à certaines personnes, comme l'action en désaveu de paternité attribuée au mari de la mère. On admet encore lorsque l'action est ouverte à toute personne ayant un intérêt, comme l'action en contestation de la sincérité de la reconnaissance d'un enfant naturel (9).

Le caractère plus ou moins large de la recevabilité de l'action traduit bien la conception que le législateur français se fait des institutions : institutions du désaveu ou de la contestation de reconnaissance de filiation naturelle, par exemple.

377. *Représentant.* — A l'inverse, il peut paraître difficile d'admettre que la qualité du représentant soit encore régie par la loi du fond. Il en est ainsi lorsque on fait de la question du pouvoir du représentant un élément de la validité du rapport d'instance.

La jurisprudence cependant soumet encore à la loi du fond la qualité du représentant. Celle-ci est, en effet, liée d'une certaine manière, au contenu de la prétention, du moment que le représentant est désigné en fonction de la matière (10).

Les tribunaux ont ainsi décidé que la détermination des représentants habiles à agir au nom d'un mineur se fait par référence à la loi personnelle de celui-ci (11).

La Cour de Cassation applique ainsi la loi du fond à la qualité des représentants désignés en raison de la matière elle-même, par exemple en matière de succession.

La Chambre Criminelle (12) a eu à statuer dans les circonstances suivantes : un citoyen américain avait été victime d'un accident survenu en France, puis était décédé dans son pays d'origine, aux U.S.A., où il était domicilié. Un sieur S... s'était porté partie civile, en France contre les responsables de l'accident, en qualité de trustee de la succession D... La Cour de Rouen avait déclaré l'action irrecevable pour défaut de qualité du demandeur : cette juridiction motivait sa décision en invoquant que le délit, ayant été commis en France, était soumis à la loi française qui divise les créances entre les héri-

(8) En ce sens, Giverdon, La qualité, condition de recevabilité de l'action en justice, D. 1952, chronique p. 86.

(9) Civ., 17 janv. 1899, S. 1899-1-177, note Pillet.

(10) Note Batiffol au S. précité.

(11) Crim., 31 janv. 1902, S. 1903-1-1247; Civ., 2 juin 1908, S. 1911-1-385, note E. Audinet; Civ., 19 nov. 1923, Revue de droit international privé, 1924, p. 136.

(12) Crim., 4 janv. 1941, S. 1944-1-133, note Batiffol.

tiers du défunt, de telle sorte qu'il appartenait à chacun de ceux-ci d'exercer pour sa part l'action en responsabilité.

La Chambre Criminelle a cassé cette décision. Elle précise que, la succession mobilière étant régie par la loi du lieu d'ouverture de la succession, les juges français doivent, par application de la loi de New-York, reconnaître au trustee qualité pour agir en dommages-intérêts au nom de la succession. Ce faisant, la Chambre Criminelle regarde la qualité du représentant comme une question soumise à la loi du fond.

Il semble cependant qu'il n'y avait pas, en réalité, une représentation véritable dans cette affaire, mais plutôt l'exercice d'un droit propre. Le trustee en effet, bien qu'il agisse dans l'intérêt final des héritiers, exerce un droit propre. Il leur devra des comptes, mais il est propriétaire à terme des biens successoraux (13).

§ 2. — *Les exceptions : l'ordre public international.*

378. *Ministère public.* — La soumission de la qualité à la loi du fond souffre exception lorsqu'est en jeu l'ordre public international. C'est pourquoi la qualité du ministère public est régie par la loi du for. On ne peut pas, par exemple, dénier au ministère public la qualité pour agir en nullité de mariage, sous prétexte que l'action de celui-ci n'est pas reçue dans la loi nationale des époux : l'ordre public fait échec à l'application de la loi du fond à la qualité (14). Il faut également déclarer irrecevable la mise en mouvement de l'action publique par un étranger sans droit, qui se fonderait sur ce que la loi nationale admet l'action populaire dans cette matière.

Il paraît inexact de dire que la qualité pour agir est ici matière de procédure, sous le prétexte que la détermination du droit d'action du ministère public se rapporte à l'organisation même du service public de la justice (15). Il semble qu'il soit préférable de chercher les raisons de cette exception dans l'idée d'ordre public international, écartant ici la loi du fond qui serait incompatible avec les règles impératives établies en matière d'actions pénales, par exemple.

(13) Batiffol ,note précitée.
(14) Chambéry, 7 fév. 1883, S. 1886-2-217.
(15) En sens contraire Batiffol, note précitée.

Chapitre II

LA SANCTION DU DEFAUT DE QUALIITE

379. *Unité de sanction du défaut de qualité.* — La nature juridique et le fondement de la notion de qualité donnent de précieuses indications sur la sanction du défaut de qualité. Si varié que soit le domaine d'application de cette notion, elle comporte un type unique de sanction. C'est la conséquence de l'idée selon laquelle les diverses manifestations de la qualité trouvent leur unité dans sa nature juridique envisagée comme condition d'existence de l'action en justice. La Cour de Cassation l'a d'ailleurs récemment affirmé implicitement à propos de celui des aspects de la qualité que beaucoup d'auteurs présentent comme une simple condition de validité du rapport d'instance : le pouvoir du représentant du titulaire du droit. La Cour Suprême a, en effet, décidé que le défaut de pouvoir du représentant légal de la mère mineure d'un enfant naturel, résultant de l'exercice par ce représentant de l'action en recherche de paternité naturelle réservée dans tous les cas à la mère, est sanctionné par une fin de non-recevoir liée au fond (1),

380. *Plan.* — Il faut tout d'abord rechercher quelle est la nature de la sanction du défaut de qualité. Après quoi, il faudra préciser les caractères juridiques de cette sanction.

SECTION I

Nature de la sanction du défaut de qualité

381. *Sanction du défaut de qualité par une fin de non-recevoir.* — Si la qualité était assimilable à une condition de validité de l'instance, le défaut de qualité devrait être sanctionné par une exception de nullité. Telle est du moins la sanction prononcée par les tribunaux au cas de violation de

(1) Cass. civ., 6 oct. 1953, J.C.P. 1953. II. 7853, note Madray, Rev. trim. de dr. civ. 1954, p. 140, obs. Hébraud.

la règle « Nul ne plaide par procureur » (2) et au cas de défaut de capacité (3).

Si, à l'inverse, la qualité était liée au fond du droit au point de n'être rien d'autre qu'une condition de succès de la demande, la sanction serait une défense au fond.

La qualité étant une condition d'existence de l'action sous quelque aspect qu'on l'envisage, le défaut de qualité est sanctionné par une fin de non-recevoir, distincte, et de l'exception de procédure, et de la défense au fond.

§ 1er. — *La notion de fin de non-recevoir.*

382. *Définition.* — Entre la défense au fond et l'exception de procédure, il y a place pour une troisième catégorie de moyens opposables par les sujets de l'action : ce sont les fins de non-recevoir. Ce point de vue a été formellement adopté par le décret-loi du 30 octobre 1935 modifiant l'article 192 du Code de procédure civile, mais il était déjà consacré par un grand nombre d'auteurs et d'arrêts.

La fin de non-recevoir trouve sa définition dans l'idée d'une déficience du pouvoir d'agir. Elle s'attaque donc à l'existence même de ce pouvoir et aboutit à l'échec définitif de la demande, tandis que l'exception s'attaque à sa mise en œuvre procédurale, donc à la validité du rapport d'instance. Par suite la fin de non-recevoir est étroitement liée au fond et commande l'examen de celui-ci par le juge ; l'admission de la fin de non-recevoir aboutit à empêcher que le juge ne se livre à l'examen du litige et ne décide du bien-fondé de la demande. C'est pourquoi on ne saurait soumettre ce moyen au régime des exceptions et exiger, en particulier, qu'elle soit opposée au seuil de l'instance sous peine de forclusion.

Cependant, si la fin de non-recevoir est liée au fond, il ne faut pas croire qu'elle s'identifie avec la défense au fond. Tandis que celle-ci tend à la critique du contenu de la prétention, la fin de non-recevoir s'"attaque seulement à l'existence du pouvoir d'agir et ne contredit pas expressément la défense au fond. Sans doute aboutit-elle en pratique, à l'échec définitif de la demande : ce n'est cependant pas pour la raison que le droit n'existe pas,, mais parce que l'un des sujets de l'action est sans titre pour mettre le juge en contact avec le

(2) Cf. supra n° 303.

(3) Cf. supra n° 324.

(4) Sur cette notion, voir Béguet, Etude critique sur la notion de fin de non-recevoir en droit privé, Rev. trim. de dr. civ., 1947, p. 133 et suiv. ; Glasson et Tissier, Traité théorique et pratique de procédure civile, t. 1, n° 227 ; Morel, Traité élém. de proc. civ., n° 52 ; Rev. trim. de dr. civ., 1948, p. 241 ; obs. Vizioz ; Rev. trim. de dr. civ., 1952, p. 255, obs. Hébraud.

litige. De la sorte, l'échec de la demande n'empêchera pas que l'on recommence ultérieurement le procès, si la qualité est acquise postérieurement.

383. *Solutions anciennes.* — Avant le décret-loi du 30 octobre 1935, la jurisprudence traitait les fins de non-recevoir comme des défenses au fond, bien que l'existence de cette catégorie de moyens ne soit pas formellement reconnue par la loi. C'est ainsi qu'elle décidait que les fins de non-recevoir pouvaient être proposées en tout état de cause et même pour la première fois en appel (5), à moins que l'on ne doive, d'après les circonstances et si elles n'ont pas le caractère de moyens d'ordre public, être considéré comme y ayant renoncé (6). Si la fin de non-recevoir touchait à l'ordre public, la jurisprudence décidait que le juge pouvait la relever d'office et il était possible, mais seulement dans ce cas, de l'invoquer pour la première fois devant la Cour de Cassation (7). D'autre part, au point de vue du défaut la Cour de Cassation décidait que, lorsque les juges de première instance avaient rejeté la demande à raison d'une fin de non-recevoir liée au fond, l'appel saisissait le juge du litige entier, en vertu de l'effet dévolutif de l'appel et sans qu'il soit besoin d'évoquer (8).

384. *Le décret-loi du 30 octobre 1935.* — Toutes ces solutions jurisprudentielles ont été remise en question par le décret-loi du 30 octobre 1935, modifiant l'article 192 du Code de Procédure Civile. Bien que ce décret-loi consacre formellement la catégorie des fins de non-recevoir à côté de celle des exceptions de procédure, il assimile les fins de non-recevoir aux exceptions, en exigeant qu'elles soient présentées avant toutes conclusions au fond, simultanément entre elles et avec les exceptions. Ces dispositions auraient dû aboutir au renversement de la jurisprudence antérieure.

Mais la disposition de l'article 192 nouveau du Code de Procédure Civile a été jugée malencontreuse, et en particulier l'obligation d'opposer la fin de non-recevoir *in limine litis.* Soumettre sans réserve les fins de non-recevoir au régime des exceptions ; c'est méconnaître le caractère propre de ces

(5) Civ., 17 avr. 1866, S. 1866-1-284 ; 7 avr. 1869, S. 1869-1-242 ; 27 juil. 1869, S. 1870-1-56 ; Req., 27 avr. 1875, S. 1875-1-263 ; Civ. 7 janv. 1880, S. 1882-1-463 ; 2 août 1886, S. 1887-1-231 ; 1er août 1888, S. 1891-1-66 ; 8 avr. 1925, S. 1925-1-131 ; Limoges, 22 janv. 1900, S. 1903-2-135.

(6) Req., 21 nov. 1882, S. 1884-1-110.

(7) Civ., 7 janv. 1880, S. 1882-1-463 ; 24 nov. 1880, S. 1881-1-65 ; 2 août 1886, S. 1887-1-231 ; 7 janv. 1895, D. 1895-1-308 ; 4 janv. 1921, D. 1921-1-16, S. 1921-1-255.

(8) Req., 26 juin 1860, S. 1860-1-710 ; Civ., 8 nov. 1887, D. 1888-1-479, S. 1890-1-310 ; Req., 25 oct. 1905, S. 1906-1-460.

moyens. La notion de fin de non-recevoir est une notion de fond qui se définit par sa nature et non par sa forme et ses effets. Assimiler le régime juridique de la fin de non-recevoir à celui des exceptions, c'est méconnaître la nature profonde de ce moyen. Si, en effet, la fin de non-recevoir s'attaque au pouvoir d'agir tandis que la défense est la négation du droit prétendu, elle n'en est pas moins plus proche de la défense que de l'exception.

385. *Jurisprudence.* — C'est sans doute pourquoi la jurisprudence a écarté l'application de l'acticle 192 du Code de Procédure aux fins de non-recevoir, et maintenu les solutions données par la jurisprudence antérieure au décret-loi du 30 octobre 1935. Elle est parvenue à cette solution au moyen d'un argument de texte tiré de la rédaction de l'article 192 nouveau. Cet article, dans son alinéa premier, n'exige la présentation *in limine litis* que pour les exceptions, demandes en nullité, fins de non-recevoir et déclarations visées aux articles précédents. Or, au titre IX des exceptions, ne figure aucune fin de non-recevoir proprement dite. En interprétant strictement le texte de l'article 192 du Code de Procédure, la jurisprudence a décidé souvent que la disposition nouvelle est sans portée en ce qui concerne les fins de non-recevoir et que, par conséquent, rien n'est changé sur ce point à l'état de choses antérieur.

§. 2. — *La fin de non-recevoir tirée du défaut de qualité.*

386. *Législation.* — Le défaut de qualité est sanctionné par une fin de non-recevoir, puisqu'il entraîne la déficience du pouvoir d'agir. Si la jurisprudence antérieure au décret-loi du 30 octobre 1935, modifiant l'article 192 du Code de Procédure Civile, était unanime là-dessus, le décret-loi du 30 octobre 1935 a remis en question les solutions acquises et provoqué des solutions incertaines.

A. — AVANT LE DECRET-LOI DU 30 OCTOBRE 1935.

387. *Fin de non-recevoir.* — Avant le décret -loi du 30 octobre 1935, la jurisprudence sanctionnait le défaut de qualité par une fin de non-recevoir, obéissant au régime général de cette sorte de moyens (9). Ce régime était semblable à celui de la défense au fond.

(9) Civ., 17 avr. 1866, S. 1866-1-284; 7 avr. 1869, S. 1869-1-242; 27 juil. 1869, S. 1870-1-56; Req., 27 avr. 1875, S. 1875-1-263; Civ., 2 août 1886, S. 1887-1-231; 1er août 1888, S. 1891-1-66; 7 janv. 1889, S. 1892-1-463; Civ., 8 avr. 1925, S. 1925-1-131; Limoges, 22 jan-

Cette position traditionnelle de la jurisprudence était certainement inspirée par l'Ancien Droit français. Les juridictions anciennes admettaient, en effet, que le défaut de qualité devait être sanctionné par une exception péremptoire absolue, ou fin de non-recevoir, opposable en tout état de cause, même après la contestation sur le fond et jusqu'à la sentence définitive (10). Cette solution était admise que le défaut de qualité résultât de ce que le sujet de l'action n'était pas titulaire du droit déduit en justice, ou de ce qu'il n'avait pas le pouvoir de représenter le véritable titulaire du droit (11).

B. — DEPUIS LE DECRET-LOI DU 30 OCTOBRE 1935.

388. *L'article 192 nouveau du Code de Procédure.* — L'article 192 nouveau du Code de Prodédure dispose que toutes les fins de non-recevoir ne peuvent être admises que si elles sont proposées *in limine litis,* avant l'examen du fond, conjointement avec les exceptions de procédure. La loi assimile par là, les fins de non-recevoir aux exceptions. Ainsi, tout en donnant une existence légale à la catégorie des fins de non-recevoir, le décret-loi du 30 octobre 1935 leur enlève toute originalité.

389. *Interprétations jurisprudentielles divergentes.* — En face de ce texte, la jurisprudence a été très hésitante.

Certaines décisions ont maintenu à la sanction du défaut de qualité la nature de fin de non-recevoir distincte de l'exception de nullité prévu par l'article 173 § 1er du Code de Procédure Civile. Mais, tout en écartant l'application de cet article au défaut de qualité, elles le soumettent aux prescriptions de l'article 192 du Code de Procédure, ce qui aboutit à un résultat analogue (12). Il y a là une subtilité bien inutile, sans aucune conséquence pratique.

C'est sans doute pourquoi la Cour de Cassation a quelquefois considéré le moyen tiré du défaut de qualité comme une exception, plus précisément comme une exception de nullité, soumise aux prescriptions de l'article 173 du Code de Procédure Civile. Il en a été ainsi dans deux espèces soumises à

vier 1900, S. 1903-2-135; Nancy, 25 nov. 1905, S. 1906-2-264. Voir encore Glasson et Tissier, Traité théorique et pratique de procédure civile, t. 1, n° 227, p. 576.

(10) Pothier, Traité du droit français, 1827, par Dupin, t. 9, p. 15; Béguet dans: Œuvres de Pothier, 1848, t. 10, p. 23, note 2.

(11) Du Breuil, Style du Parlement de Paris, chap. 13, § 2; Tanon, L'ordre du procès civil au XIVe siècle au Châtelet de Paris, p. 25.

(12) Paris, 5 mars 1946, G.P. 1946-1-203, Rev. trim. de dr. civ., 1946, p. 246, obs. Vizioz.

son contrôle. Dans une première affaire, un syndicat professionnel, se fondant sur l'intérêt de la profession, demandait la condamnation d'un employeur au paiement à ses apprentis des heures consacrées par ces derniers à suivre les cours de l'école professionnelle d'enseignement technique ; le moyen pris du défaut de qualité n'ayant été soulevé qu'en appel, la Cour Suprême a déclaré que cette exception était couverte par la défense au fond (13). Dans une autre affaire, le mari d'une femme séparée de biens avait agi en justice au nom et pour le compte de sa femme sans mandat. La Cour de Cassation a décidé que la nullité tirée du défaut de qualité est soumise aux prescriptions de l'article 173 du Code de Procédure et ne peut, en conséquence, être admise que s'il est justifié qu'elle nuit aux intérêts de la partie adverse. Constatant que dans l'espèce l'irrégularité de la procédure n'a porté nulle atteinte aux intérêts du défendeur, la Cour a déclaré que les juges du fond avaient, à bon droit, refusé de prendre en considération le défaut de qualité du demandeur et l'irrecevabilité de l'intervention de sa femme en cause d'appel pour régulariser la procédure mal introduite (14).

A l'opposé de ces solutions, une importante partie de la jurisprudence a maintenu à la sanction du défaut de qualité le caractère d'une fin de non-recevoir, en la soumettant au régime antérieur à celui du décret-loi du 30 octobre 1935. C'est là, sans aucun doute, la solution la meilleure, celle qui correspond le mieux à la nature exacte des fins de non-recevoir. Pour y arriver, on a utilisé plusieurs procédés. Un arrêt de la Cour de Paris du 12 janvier 1948 (15) a décidé que la fin de non-recevoir tirée du défaut d'intérêt ou de qualité peut être proposée pour la première fois en cause d'appel ; la Cour affirme cette solution comme allant de soi. Il est certain que de tels motifs vont directement à l'encontre des dispositions formelles de l'article 192 du Code de Procédure. La justification de l'arrêt de la Cour de Douai du 12 juillet 1937 (16) serait, à tout prendre, préférable. Pour motiver la recevabilité en tout état de cause du moyen, la Cour de Douai déclare que la fin de non-recevoir tirée du défaut de qualité est une défense au fond. Cependant si elle parvient à justifier sa solution, cette décision méconnaît la nature profonde de la notion de qualité, en sanctionnant l'absence de qualité par une défense au fond. La qualité est une condition d'existence de l'action et la sanction du défaut de qualité

(13) Soc., 3 fév. 1950, Bull. Cass. Civ., 1950, III, n° 131, p. 91.
(14) Civ., 22 janv. 1953, Bull. Cass. Civ., 1953, II, n° 71.
(15) G.P. 1948-1-137 ; Rev. trim. de dr. civ., 1948, p. 242, obs. Vizioz.
(16) S. 1938-2-166.

est une fin de non-recevoir, distincte non seulement de l'exception de procédure, mais encore de la défense au fond.

La Cour de Cassation, dans un arrêt de la première section de sa Chambre Civile, rendu le 6 octobre 1953 (17), fonde sa solution sur l'interprétation restrictive de l'article 192 du Code de Procédure. Dans cet arrêt, la Cour de Cassation décide que le défaut de pouvoir du père de la mère mineure qui, agissant au nom et comme administrateur légal de sa fille, exerce l'action en recherche de la paternité naturelle, peut être soulevé en tout état de cause et même pour la première fois en appel. Pour parvenir à ce résultat, la Cour observe que l'article 192 du Code de Procédure ne vise que les fins de non-recevoir mentionnées dans les articles précédents. Or, aucune fin de non-recevoir proprement dite n'y figure et notamment pas le moyen tiré du défaut de qualité. C'est ce qui permet à la Cour de soustraire cette fin de non-recevoir au régime édicté par l'article 192 du Code de Procédure. La Cour a repris l'argumentation qu'elle avait déjà développée dans un autre arrêt du 23 février 1944 (18).

Mais de ce que le défaut de qualité constitue une fin de non-recevoir échappant aux prescriptions de l'article 192, la Cour de Cassation n'en conclut pas cependant qu'il s'agit d'une simple défense au fond. Tout en déclarant que le moyen tiré du défaut de qualité équivaut à une défense au fond, la Cour de Cassation lui maintient sa nature et sa qualification de fin de non-recevoir. Elle se rapporte par là à l'opinion générale, pour qui le défaut de qualité est l'exemple le plus sûr des fins de non-recevoir, celui qui correspond le mieux à sa notion théorique (19). Le fait mérite d'autant plus attention que la veille du jour où a été rendu cette décision la même section de la Chambre Civile de la Cour de Cassation avait adopté une position toute différente pour sanctionner la prescription de l'action, en déclarant que le moyen tiré de la prescription constitue une défense au fond (20). On s'achemine ainsi vers une précision technique plus grande qui permet d'approcher une définition exacte de cette notion (21).

(17) J.C.P. 1953, II, 7853, note Madray, Rev. trim. de dr. civ. 1954, p. 139, obs. Hébraud.

(18) S. 1944-1-117, note Morel.

(19) Glasson et Tissier, Traité théorique et pratique de proc. civ., t 1, n° 227; Cuche et Vincent, Proc. civ, n° 29; Rev. trim. de dr. civ., 1948, p. 241, obs. Vizioz.

(20) Civ., 5 oct. 1953, Rev. trim. de dr. civ., p. 139, obs. Hébraud.

(21) Rev. trim. de dr. civ., 1954, p. 140, obs. Hébraud. On a quelquefois cherché la sanction du défaut de qualité dans l'inexistance du jugement rendu sur l'action d'un demandeur sans qualité (Douai, 22 nov. 1951, J.C.P. 1952, II, 6698, note G.M., Rev. trim de dr. civ., 1952, p. 104, obs. Hébraud). La Cour de Douai avait dû se prononcer dans les circonstances suivantes: Un syndic de faillite,

SECTION II

Caractère de la sanction du défaut de qualité

390. *Enumération.* — Le défaut de qualité étant sanctionné par une fin de non-recevoir lié au fond, les caractères de cette sanction découlent de sa nature propre. On peut les grouper autour de trois idées principales : le moyen peut être soulevé par chacune des parties, même par le demandeur lorsqu'il agit sans qualité ; le moyen est recevable en tout état de cause, même pour la première fois en appel ; le défaut de qualité ne peut pas être couvert en cours d'instance.

§ 1er. — *Personnes qui peuvent soulever le défaut de qualité.*

391. *Pouvoir de soulever le défaut de qualité attribué aux deux parties.* — Le défaut de qualité peut être soulevé par chacune des parties au procès. Lorsqu'il y a absence de qualité du demandeur, le défendeur a certainement le pouvoir de soulever le moyen comme défense à l'action, mais le demandeur a aussi le pouvoir de faire valoir son propre défaut de qualité. Il en va de même au cas de défaut de qualité du

investi par un jugement déclaratif de faillite inexistant pour absence de forme, avait demandé postérieurement l'extension de la faillite à une société et à son directeur considérés comme liés avec le failli par une association en participation. Le Tribunal de Commerce avait prononcé l'extension de la faillite. Devant la Cour, les défendeurs soulevaient le défaut de qualité du syndic. La Cour, en recevant le moyen, déclare que le jugement d'extension est inexistant et n'a donc pu produire d'effets parce que le demandeur n'ayant pas été nommé syndic, n'a pas pu agir en cette qualité dans une instance postérieure à la déclaration de faillite inexistante. Il semble que la Cour de Douai ait poussé trop loin les conséquences de la notion d'inexistence, en considérant le second jugement lui-même comme inexistant, par suite de l'inexistence du premier jugement de faillite qui avait investi le syndic de ses fonctions. Le deuxième jugement, en effet, n'était entaché d'aucun vice de forme, mais seulement d'un défaut de qualité du demandeur: la Cour de Douai, statuant sur l'appel de ce jugement, aurait du non en constater l'inexistence, mais en prononcer la nullité (obs. Hébraud précitées). Le défaut de qualité aboutit à l'inexistence de l'action. Mais lorsqu'un jugement a été prononcé au profit d'une personne sans qualité, cette décision a la force de la chose jugée après être devenue définitive, de sorte que l'on ne peut pas la considérer comme inexistante. Si la décision est attaquée sur voie de recours les juges d'appel doivent constater non pas l'inexistence du jugement entrepris, mais l'inexistence de l'action qui a aboutit au prononcé de ce jugement. Par suite le jugement doit être annulé.

défendeur ; le moyen peut émaner, non seulement du demandeur, mais aussi du défendeur.

Quelquefois, d'autres personnes que les parties peuvent être admises à faire valoir le défaut de qualité de l'une d'elle. Ainsi, dans le cas de l'action oblique, le débiteur, qui n'est pas partie à l'instance, peut soulever le défaut de qualité du créancier en prétendant par exemple qu'il ne lui doit rien.

392. *Justification.* — La possibilité ainsi offerte à chaque partie de faire valoir le défaut de qualité de l'une d'elle, s'explique par la nature même de la qualité. Au cas d'absence de qualité l'action est inexistante ; le vice qui entache l'exercice de l'action est si grave qu'il peut être réparé à la demande de n'importe quelle partie, même de celle qui en est responsable. D'autre part, une décision rendue entre personnes sans qualité ne pourrait pas être opposée aux véritables titulaires du droit litigieux, par suite, c'est faire l'économie d'un jugement sur le fond d'un litige et donc participer à la bonne administration de la justice que de provoquer l'arrêt d'un procès sur une question de qualité, puisque de toute manière, l'autorité relative de la chose jugée empêcherait le jugement obtenu sur le fond d'avoir une efficacité complète. Cependant le moyen tiré du défaut de qualité est considéré comme un moyen d'intérêt purement privé, bien qu'il touche à la bonne administration de la justice ; c'est pourquoi les juges ne peuvent pas le faire valoir d'office, à moins qu'exceptionnellement, il ne revête le caractère d'un moyen d'ordre public.

La fin de non-recevoir tirée du défaut de qualité se distingue, par là, à la fois de l'exception de procédure et de la défense au fond. Elle se distingue d'abord de l'exception parce que l'exception de nullité ne peut être soulevée que par l'adversaire de l'auteur de l'acte de procédure entaché de nullité et à la condition que l'irrégularité de la procédure nuise aux intérêts de la partie adverse (article 173 du Code de Procédure) : il n'en serait autrement que s'il s'agissait d'une nullité d'ordre public. Mais le moyen tiré du défaut de qualité est encore distinct de la défense au fond, car celle-ci ne peut émaner, à l'évidence, que du défendeur.

§ 2. — *Recevabilité du moyen en tout état de cause.*

393. *Possibilité de soulever le défaut de qualité à tout moment.* — Le moyen tiré du défaut de qualité est recevable en tout état de cause. Cela signifie qu'à la différence des exceptions qui doivent être soulevées « in limine litis » avant toute défense au fond, la fin de non-recevoir peut être proposée même après la défense au fond, à tout moment du procès jusqu'à ce que la décision sur le fond soit devenue

définitive (22). La possibilité de proposer le moyen en tout état de cause s'étend à toutes les manifestations de la qualité, y compris aux hypothèdes de défaut de pouvoir des représentants que certains voudraient exclure du domaine d'application de la notion de la qualité (23). Ainsi, la jurisprudence a admis que peuvent être proposés après la défense au fond, le défaut de qualité du père de la mère mineure d'un enfant naturel pour exercer l'action en reconnaissance de la filiation naturelle (24) ou celui du président d'un comité de confiscation de profits illicites, représentant de l'Etat, dont les pouvoirs avaient cessé à la date où le comité avait rendu sa décision au fond, pour agir en nullité d'un acte ayant pour objet de faire échec au recouvrement des confiscations et amendes prononcées (25).

Cet aspect du régime de la fin de non-recevoir tirée du défaut de qualité s'explique parce qu'il manque à l'action un élément si essentiel, que, même si l'on ne s'en prévaut pas « in limine litis », rien ne pourra y suppléer. Le fait de n'avoir pas soulevé le moyen avant de conclure au fond n'empêche pas que l'action demeure inexistante.

C'est pourquoi il faut condamner la jurisprudence qui déclare irrecevable le moyen pris du défaut de qualité, lorsqu'il est proposé après la contestation sur le fond du procès (26). Il ne semble même pas exact de soutenir qu'une personne assignée en une qualité, la qualité d'héritier par exemple, ne peut exciper de son défaut de qualité après avoir proposé ses moyens sur le fond, surtout lorsqu'elle a une autre qualité en laquelle elle eût pu être valablement assignée, la qualité de débiteur personnel par exemple (27) ; il appartient, en effet, au demandeur d'invoquer le titre que possède véritablement le défendeur, faute de quoi l'action doit être déclarée irrecevable et le juge ne pourrait pas relever l'existence d'une qualité non invoquée pour statuer, malgré tout, sur le fond (28).

Pratiquement, la fin de non-recevoir résultant de l'absence de qualité peut être invoquée à tout moment de la procédure

(22) Trèves, 13 déc. 1811, S. Table 1791-1850 V° qualité n° 1; Cass., 31 août 1831, S. 1832-1-225, D.P. 1831-1-326; Rennes, 11 juin 1833, S. 1834-2-494.

(23) Cf. supra n°s 305 et suivants.

(24) Civ., 1er oct. 1953, J.C.P. 1953, II, 7853, note G.M.

(25) Grenoble, 23 fév. 1949, S. 1949-2-86. Sur la possibilité de soulever à tout moment l'incompétence des représentants des personnes morales de droit public; voir encore Rossignol, La représentation de l'Etat devant les tribunaux judiciaires, p. 230.

(26) Sur cette jurisprudence, voir Cass., 15 mars 1808-1-353; Soc., 3 fév. 1950, Bull. Cass. Civ. 1950, III, n° 131, p. 91; Civ., 22 janv. 1953; Bull. Cass. Civ., 1953, II, 17.

(27) Contra Cass., 15 mars 1808, S. 1808-1-353.

(28) Cf. infra, n° 405.

de première instance. Elle peut être proposée même après un jugement préparatoire ou interlocutoire passé en force de chose jugée (29), et même pour la première fois appel : c'est à propos de cette dernière hypothèse que l'on trouve la jurisprudence la plus abondante (30).

394. *Caractère d'intérêt privé de la fin de non-recevoir tirée du défaut de qualité.* — Mais le défaut de qualité n'est pas assez grave pour intéresser l'ordre public. Il ne concerne que l'intérêt privé de l'adversaire. Dès lors, on tire de ce caractère d'intérêt privé du moyen plusieurs conséquences (31).

Le défaut de qualité ne saurait être invoqué pour la première fois devant la Cour de Cassation (32). Pas suite, la Cour de Cassation refuse de se livrer à l'examen d'un moyen qui est basé uniquement sur l'absence de qualité dans la personne de celui qui se l'est attribuée.

Les juges du fond ne doivent pas non plus suppléer d'office la fin de non-recevoir qui résulte du défaut de qualité si les parties ne l'ont pas proposé elles-mêmes. Cette prohibition s'applique même lorsque le moyen a été soulevé par le Ministère Public, partie jointe, dans ses conclusions ; il n'en serait autrement que s'il agissait comme partie principale. Par suite, le défaut de qualité, lorsqu'il est soulevé d'office par le juge, ne peut servir de base à un moyen de cassation (33).

Il est enfin possible de renoncer à invoquer le moyen pris du défaut de qualité (34). La renonciation doit seulement être certaine et formelle ; elle ne saurait s'induire du silence d'une partie en première instance (35).

Il ne faut toutefois pas décider que la fin de non-recevoir put être accueillie que s'il est justifié que le défaut de qualité nuit aux intérêts de la partie adverse. Ce moyen constitue, non pas une exception de procédure à laquelle s'appliquerait

(29) Amiens, 15 juil. 1826, S. 1829-2-133, D.P. 1826-2-253.

(30) Cass., 11 avr. 1833, S. 1833-1-478, D.P. 1833-1-173; Limoges, 15 fév. 1836, S. 1836-2-306; Riom, 1er août 1836, S. 1836-2-485, D.P. 1887-2-27; Grenoble, 3 fév. 1838-2-497 et 8 juin 1838, S. 1838-2-498; Cass., 23 janv. 1843, S. 1843-1-218; Grenoble, 23 avr. 1858, S. 1858-2-397; Req., 27 avr. 1875, D.P. 1875-1-483; Pau, 23 déc. 1908, D. 1909-2-116; Paris, 21 janv. 1948, G.P. 1948; Grenoble, 23 fév. 1994, S. 1949-2-86; Lyon, 5 déc. 1949, Jurisprudence française V° Action n° 24; Civ., 1es oct. 1953, J.C.P. 1953, II, 7853.

(31) Japiot, Traité élém. de proc. civi. et comm., n° 71.

(32) Cass., 20 fév. 1828, D.P. 1828-1-138, S. 1828-1-303; Req., 6 avr. 1831, S. 1831-1-172; Cass., 17 avr. 1839, S. 1839-1-684; 20 août 1839, S. 1840-1-239; Civ., 9 fév. 1921, D.P. 1924-1-110, S. 1921-1-350, G.P. 1921-1-415.

(33) Cass., 14 déc. 1839, D.P. 1840-1-71, S. 1840-1-88.

(34) Cass. comm., 8 juin 1953, Bull. Cass. Civ., 1953, III, n° 209.

(35) Pau, 23 déc. 1808, D. 1990-2-116.

la disposition de l'article 173 du Code de Procédure « Pas de nullité sans grief », mais une fin de non-recevoir s'attaquant à l'existence même du droit d'action.

395. *Exceptions.* — Exceptionnellement, il arrive que le moyen tiré du défaut de qualité soit d'ordre public. Il en est ainsi dans tous les procès qui intéressent l'ordre public, ou en matière de représentation des personnes morales de droit public (36). Le défaut de qualité peut alors être soulevé à tout moment par les parties et même pour la première fois devant la Cour de Cassation (37). De plus, les juges du fond sont tenus de vérifier d'office, même en l'absence de toute contradiction par la partie adverse, si le demandeur justifie de la qualité requise pour exercer l'action (38), et ils doivent prononcer d'office l'irrecevabilité de l'action lorsqu'une partie est sans qualité (39). Enfin, les parties ne peuvent pas alors renoncer à l'avance à se prévaloir du moyen.

§ 3. — *Impossibilité de couvrir le défaut de qualité en cours d'instance.*

396. *Nécessité de recommencer le procès.* — Le défaut de qualité ne peut être couvert en cours d'instance, à la différence des vices de la procédure qui ouvrent une exception de nullité. Lorsqu'une partie acquiert la qualité postérieurement à la demande introductive d'instance, elle doit recommencer une autre instance : la portée limitée de l'autorité de la chose jugée en matière de qualité permet de recommencer le procès, après que la qualité ait été conférée au demandeur débouté une première fois pour défaut de qualité (40).

Sans doute quelques décisions de juridictions inférieures, qualifiant d'exception de procédure le moyen tiré du défaut de qualité, ont admis la possibilité de couvrir la nullité de la procédure. Un arrêt très ancien de la Cour de Trèves, du 13 décembre 1811 (41) a jugé que le moyen tiré du défaut de qualité n'est plus recevable au cas où la partie adverse ayant manqué dans le principe d'un pouvoir suffisant, justifie

(36) Rossignol, La représentation de l'Etat devant les Tribunaux Judiciaires, p. 230.

(37) Rossignol, op. cit., loc. cit.

(38) Civ. 16 fév. 1915, D. 1917-1-107.

(39) Alger, 16 juin 1856, S. 1856-2-622 (Action en nullité d'un testament formée par une personne qui se croyait à tort héritier légitime du testateur) ; Crim., 10 déc. 1953, D. 1954, J, 105, rapport Patin (Poursuite pour diffamation envers ministre ou parlementaire exercée à la requête de la partie lésée).

(40) Cf. infra n° 399.

(41) S. Table 1791-1850, V° qualité n° 1.

plus tard de l'autorisation de continuer les poursuites commencées. Un arrêt plus récent de la Cour de Besançon du 3 juin 1929 (42) a décidé que la fin de non-recevoir résultant du défaut de qualité était couverte, lorsque la mère qui a engagé en son nom personnel l'action en recherche de la paternité naturelle, précise dans ses conclusions qu'elle agit en qualité de tutrice légale et naturelle de son enfant naturel ; la Cour de Besançon estime en effet que malgré l'irrégularité d'une assignation, une fin de non-recevoir résultant du défaut de qualité est couverte lorsque la personne ayant qualité intervient à la procédure et s'approprie l'acte irrégulier avant que la fin de non-recevoir ait été accueillie, et dès lors que l'omission a été réparée sans protestation. Le défaut de qualité ne serait pas couvert si toutefois, la déclaration faite dans ses conclusions par le demandeur qu'il agit, non pas en son nom personnel, mais comme mandataire d'une autre personne, n'est appuyée d'aucune pièce justificative (43).

Mais la plus grande partie de la jurisprudence décide qu'il est impossible de couvrir le défaut de qualité en cours d'instance, soit que le demandeur ait acquis la qualité en cours d'instance, soit qu'un tiers intervienne postérieurement à la demande introductive d'instance pour remédier au défaut de qualité de demandeur. La Cour de Cassation a posé en principe qu'une demande judiciaire ne peut être accueillie qu'autant que le demandeur prouve qu'il avait qualité au moment où il l'a formée (44) ; il faut, d'ailleurs, que la qualité existe non seulement au moment de l'assignation, mais encore au jour du jugement (45). Toutefois le fait qu'une personne sans qualité ait concouru à une action avec une autre qualifiée pour l'exercer, ne saurait vicier cette action, valable par la seule intervention de celle-ci (46).

Ainsi l'autorisation donnée au tuteur du mineur pour introduire une action relative aux droits immobiliers du mineur par le Conseil de famille au cours de l'instance ne couvrirait pas le défaut de qualité (47). L'autorisation donnée au tuteur

(42) D.H. 1929-387.

(43) Paris, 19 fév. 1924, Gaz. Trib. 10 mars 1924.

(44) Cass., 10 juil. 1822, S. 1823-1-65.

(45) Voir pour l'interdiction de la femme provoquée par le mari, en qualité d'époux, lorsque, pendant l'instance en interdiction, la femme a fait prononcer le divorce : Cass., 24 vendémiaire an XII, S. 1804-1-65. L'actionnaire qui exerce l'action sociale ut singuli doit justifier de sa qualité d'actionnaire non seulement au jour de l'assignation, mais aussi au jour du jugement : Escarra, Manuel de dr. comm., t. 1, n° 811, p. 457.

(46) Cass. Soc., 28 janv. 1954, J.C.P. 1954, II, 8045.

(47) Cass., 8 avr. 1903, S. 1903-1-309.

d'acquiescer à une action relative aux droits immobiliers du mineur doit être préalable (48).

La mère mineure exerce l'action en recherche de la paternité naturelle au nom de l'enfant, à la condition de l'avoir reconnu au préalable : la reconnaissance en cours d'instance ne permet pas de couvrir le défaut de qualité de la mère qui a engagé l'action (49).

De même l'action intentée par le président d'une association qui ne tient pas des statuts le droit de représenter cette association en justice, est irrecevable pour défaut de qualité ; ce président ne peut au cours de l'instance, pour régulariser la procédure, demander un sursis à l'effet de se faire conférer par l'association un mandat qu'il n'avait pas lorsqu'il a engagé l'action (50) et l'instance, ainsi engagée par une personne sans qualité, ne peut être régularisée postérieurement par une habilitation de celle-ci à ester en justice (31).

Une décision récente du tribunal de Mantes-Gassicourt en date du 12 avril 1951 (32) a déclarée irrecevable l'action en rescision pour lésion d'une vente immobilière, formée par un usufruitier sans qualité, malgré l'intervention tardive du nu-propriétaire, en refusant tout effet à l'intervention de ce dernier pour couvrir le défaut de qualité de l'usufruitier.

397. *Critique.* — Cette conséquence tirée de l'idée de fin de non-recevoir et retenant l'impossibilité de couvrir le défaut de qualité en cours d'instance semble toutefois excessive. Elle résulte au fond de l'idée que toute gestion d'affaire est impossible en matière d'action en justice (53).

Mais si le fondement de la notion de qualité est l'efficacité de l'action, en raison de l'opposabilité du jugement intervenu à la personne dont émane la contestation du droit subjectif ou la violation du droit objectif, il n'est pas nécessaire de retenir l'impossibilité de couvrir le défaut de qualité en cours d'instance. En effet la collation de pouvoir au demandeur postérieure à la demande introductive d'instance, ou l'intervention d'un tiers destinée à couvrir la nullité de la demande principale, correspondent à une ratification destinée à rendre opposable le jugement aux personnes dont émane la contestation que le juge doit faire cesser. D'ailleurs la portée limitée de la chose jugée en matière de qualité permettrait de recom-

(48) Cass. chambres réunies, 22 mars 1897, D. 1897-1-227, S. 1897-1-309.

(49) Trib. Pontoise, 1er juin 1932, D. 1932-2-145.

(50) Trib. Civ. Alençon, 5 mars 1912, G.P. 1912-2-117.

(51) Trib. Civ. Montluçon, 5 mars 1912, Gaz. Trib. 9 mai 1912.

(52) D. 1951, J, 466, Rev. trim. de dr. civ., 1951, p. 409, obs. Hébraud.

(53) Voir supra n° 29.

mencer l'action par une nouvelle instance (54). C'est obliger les plaideurs à supporter des lenteurs et des frais de justice inutiles. C'est pourquoi on a critiqué la décision du tribunal de Mantes-Gassicourt, en comparant l'intervention du nu-propriétaire destinée à couvrir la nullité de la demande principale en rescision pour lésion formée par l'usufruitier à l'intervention de la femme destinée à valider l'action immobilière formée par le mari commun en biens sans pouvoir. On estime que si la femme peut couvrir le défaut de qualité du mari (55), l'intervention du nu-propriétaire dans l'action en rescision pour lésion exercée par l'usufruitier suffit aussi à suppléer au défaut de qualité de ce dernier. Décider le contraire, c'est obliger les demandeurs à recommencer une procédure et à engager des frais supplémentaires inutiles et assez souvent, paralyser tout exercice nouveau de l'action, en raison de l'expiration des délais.

(54) Voir infra n° 399.

(55) Planiol et Ripert, Traité pratique de droit civil français, t. 8, Les régimes matrimoniaux, par Nast, n° 628, p. 705, note 1.

Chapitre III

LA PORTEE DE L'AUTORITE DE LA CHOSE JUGEE SUR LA QUALITE

398. *Position du problème.* — Lorsqu'une personne a été déclarée irrecevable à agir en une certaine qualité, peut-elle agir à nouveau en cette qualité ? C'est la question de l'autorité de la chose jugée en matière de qualité. Il faut distinguer cette question de celle qui est relative à l'autorité de la chose jugée sur le fond du litige, lorsqu'une nouvelle instance est introduite dans une autre qualité par celui qui a perdu le procès : il s'agit alors non pas de la portée de l'autorité de la chose jugée sur les conditions d'existence de l'action, mais de l'étendue de celle-ci sur la substance du litige, au cas de diversité de qualité.

La détermination de la portée de l'autorité de la chose jugée sur la qualité présente un intérêt certain. Il s'agit en effet de savoir s'il est possible de recommencer l'action après acquisition de la qualité, puisque le défaut de qualité ne peut être couvert en cours d'instance (1). La difficulté se présente, le plus souvent, lorsque le défaut de qualité résulte de ce qu'une personne n'est pas titulaire du titre qu'elle invoque alors que celui-ci suffirait à ouvrir l'action : ainsi on se demande si la personne qui, exerçant une action en qualité de successeur irrégulier, a été déboutée une première fois parce qu'elle ne s'était pas fait envoyer en possession, peut agir à nouveau après l'envoi en possession ; de même on se demande si la personne qui, agissant en qualité de représentant, a été déboutée pour défaut de pouvoir, peut agir à nouveau après la collation du pouvoir. La difficulté peut encore se présenter lorsque le titre invoqué n'est pas de ceux que le droit positif prend en considération pour donner qualité dans l'action exercée ; il en est ainsi lorsque le législateur intervient pour ouvrir l'action à une catégorie de personnes jusque-là sans qualité ; il faut savoir si l'action déclarée une première fois irrecevable pour défaut de qualité, peut être recommencée après acquisition de la qualité par attribution législative.

(1) Voir supra n^{os} 396 et suivants.

399. *Portée limitée de l'autorité de la chose jugée en matière de qualité.* — La chose jugée en matière de qualité a une portée limitée. Sans doute, lorsque l'action a été déclarée irrecevable pour défaut de qualité, le procès ne peut pas être recommencé, tant que subsiste la fin de non-recevoir. Mais la chose jugée cesse d'avoir effet lorsque les sujets de l'action, postérieurement à une première décision, ont acquis la qualité en raison des faits juridiques de nature à la leur conférer, tels qu'une cession, une subrogation, la promulgation d'une loi nouvelle, etc... En déniant l'action pour défaut de qualité, le jugement ne nie pas que le demandeur puisse renouveler la demande de reconnaissance et de sanction d'un même droit sur la base d'un fait de nature à lui conférer la qualité nécessaire (2). En effet, s'il est vrai que le jugement qui nie la qualité du demandeur ou du défendeur donne tort au demandeur en refusant de reconnaître et de sanctionner un droit à son profit ou contre le défendeur, une telle sentence ne lui donne cependant pas tort sur le fond même du litige puisque, en raison précisément du défaut de qualité, elle refuse de statuer sur l'existence du droit (3).

Par là, la qualité se distingue du fond du litige et des conditions de succès de la demande. En effet, la défense au fond, lorsqu'elle réussit, entraîne la perte définitive du procès pour le demandeur (4) ; la chose jugée sur le fond a une portée complète entre les parties de telle sorte que le procès ne peut jamais plus être recommencé. C'est pourquoi il est nécessaire de bien distinguer le jugement sur le contenu de la prétention du jugement sur la recevabilité et spécialement sur la qualité.

400. *Jugement implicite sur la qualité.* — Dès lors, une difficulté spéciale naît de cette différence de portée de l'autorité de la chose jugée, lorsqu'il y a « jugement implicite » sur les conditions de recevabilité de l'action c'est-à-dire lorsque le juge ne résout pas la question de qualité à part, mais implicitement en statuant sur le bien-fondé de la demande. Il arrive que l'on attribue à la chose jugée sur la qualité la portée de la décision sur le fond.

C'est ce qui s'est produit dans l'espèce jugée par la Cour de Cassation italienne le 18 juillet 1949 (5). Un premier juge-

(2) Chiovenda, Istituzioni di diritto processuale civile, t. I, n° 195; Redenti, Giudizio civile con pluralita di parti, p. 296; Nenner, Die Sachlegitimation Judicium 1933, p. 113.

(3) Carnelutti, Titolarita del diritto e legittimazione ad agire, Rivista di diritto processuale, 1952-2-121.

(4) Morel, Traité élém. de proc. civ., n° 50; Brulliard, Proc. civ., n° 46.

(5) Giurisprudenza Cassazione civile, 1949, III, 93, note Tomei; Rivista di diritto processuale, 1951, II, 73, obs. Mantesano.

ment avait prononcé la nullité d'un testament entre une personne qui agissait en qualité de successeur testamentaire de l'héritier « ab intestat » et le légataire institué par le testament attaqué. Postérieurement à ce premier jugement, celui-ci alléguait l'inexistence d'un lien valable de succession testamentaire entre le demandeur du jugement précédent et l'héritier « ab intestat » auquel il s'était substitué pour obtenir la nullité du testament. La Cour de Cassation italienne s'est bien aperçu qu'une telle question était incluse déjà dans le jugement rendu entre les mêmes parties sur la nullité du testament. Mais en retenant qu'une telle question regarde la qualité du demandeur dans le procès précédent et en classant la qualité comme une condition de l'action, la Cour italienne devait expliquer comment une question relative à une condition d'existence de l'action peut être enfermée dans un jugement sur le fond. Elle a, en vain, tenté de résoudre ce problème en ayant recours à ce qu'elle appelle le « jugement implicite » sur les conditions de l'action, car elle a confondu la solution de la question de qualité dans le cadre d'un jugement ayant l'autorité de la chose jugée et la possibilité qu'une question, qui ne se rapporte pas au fond du litige mais aux conditions de l'action, soit incluse dans la chose jugée sur le fond (6). De ce que la nullité du testament avait été prononcée, il n'aurait donc pas fallu en conclure nécessairement que le demandeur en nullité, qui avait agi comme successeur testamentaire de l'héritier « ab intestat », avait cette qualité parce qu'il avait triomphé dans l'action en nullité ; on aurait donc dû admettre qu'il était passivement qualifié dans la seconde action tendant à faire constater l'inexistence d'un lien de succession testamentaire entre celui-ci et l'héritier « ab intestat », si par ailleurs le légataire demandeur était activement qualifié pour exercer cette action.

En effet, puisque la portée de la chose jugée n'est pas la même selon que le jugement statue sur le bien-fondé de la demande ou seulement sur l'existence de l'action, il convient de distinguuer entre la solution implicite de la question de qualité dans le cadre d'un jugement ayant l'autorité de la chose jugée sur le fond et l'inclusion dans la chose jugée sur le bien-fondé de la demande, d'une question de qualité qui ne se rapporte pas par sa nature au fond du litige. Si l'on veut donc échapper aux difficultés issues de la différence de portée de la chose jugée, il faut considérer le problème de la qualité comme résolu dans le cadre d'un jugement où la chose jugée ne s'étend pleinement qu'au bien-fondé de la demande (7).

(6) Giurisprudenza Cassazionne civile, 1949, III, p. 93, note Tomei.

(7) En ce sens note Tomei dans Giurisprudenza Cassazione civile, 1949, III, p. 93; Rivista di diritto processuale, 1951, II, p. 73, obs. Mantesano.

Chapitre IV

LA DIVERSITE DE QUALITES

401. *Définition de la diversité de qualités.* — Il arrive que la même personne puisse se prévaloir de qualités diverses. On dit qu'il y a diversité de qualités dans la même personne, lorsque celle-ci peut former une demande ayant le même objet et la même cause, en invoquant plusieurs titres de nature différente, susceptibles de lui conférer la qualité requise pour agir. Si, le plus souvent, la pluralité de qualités correspond à plusieurs actions fondées sur des causes différentes ou ayant des objets distincts, il arrive parfois qu'il y ait plusieurs qualités, alors que la demande a la même cause et le même objet. En pareil cas, s'il y a identité de personnes physiques, il y a au contraire diversité de personnes juridiques.

Il peut y avoir diversité de qualités lorsque la même personne agit dans son intérêt personnel, en même temps que comme représentant (1) : c'est le cas du gérant de la société en nom collectif qui assigné comme représentant de la société, personne morale distincte de la personnalité de chacun des associés, et comme obligé personnellement aux dettes sociales. Une personne peut encore se prévaloir de plusieurs qualités, alors même qu'elle agit dans son intérêt propre : c'est le cas de celle qui introduit une demande comme titulaire d'un droit, en même temps que comme créancier agissant par voie oblique.

402. *Moments auxquels la diversité de qualités peut être invoquée.* — Les diverses qualités dont peut se prévaloir une personne peuvent être invoquées simultanément lors de la demande introductive d'instance. Mais cela n'est pas toujours possible : il arrive, en effet, que les qualités ne coexistent pas à ce moment-là. C'est pourquoi elles peuvent être invoquées encore à des moments successifs, soit au cours de l'instance, soit postérieurement à un jugement définitif rendu sur une première demande.

(1) Fourneau, Pour une conception objective de l'action en justice, n° 178.

SECTION I

Diversité de qualités invoquées simultanément

403. *Distinction.* — Lorsque la demande est formée par ou contre une même personne en des qualités multiples, il faut distinguer selon que tous les titres invoqués ouvrent valablement l'action, ou que certains titres seulement sont de nature à conférer qualité.

404. *Action recevable dans toutes les qualités invoquées.* — Si l'action est recevable dans toutes les qualités invoquées par les parties, habituellement le juge examine chacune d'elles et décide que cette action est recevable en autant de qualités que celles qui ont été proposées (2). Quelquefois cependant, les tribunaux estiment qu'il est inutile d'envisager toutes les qualités invoquées, du moment que l'action est au moins recevable en l'une d'elles (3). Il n'est d'ailleurs pas nécessaire que les plaideurs invoquent toutes les qualités qu'ils possèdent, pour que le juge doive examiner le fond du litige. Il arrive même que cela soit impossible lorsque les diverses qualités qui existent dans la même personne créent des intérêts contradictoires (4) ou obligent à plaider contre soi-même. La loi et la jurisprudence interdisent de plaider contre soi-même. Ainsi, le préfet ne pouvant valablement représenter ensemble le département et l'Etat plaidant l'un contre l'autre, l'article 54 de la loi de 1871 décide que, dans ce cas, le département est représenté par un membre de la commission départementale nommé par elle ; de même le tuteur, ne pouvant s'assigner lui-même au cas d'oppositions d'intérêts avec le mineur, l'article 420 du Code Civil décide que le mineur est représenté par le subrogé-tuteur (5).

(2) Voir par exemple Paris, 15 juil. 1952, D. 1952-727, note G. Ripert, pour l'action en nullité de la décision de l'assemblée générale d'une société convertissant illégalement les parts de fondateur en actions, exercée en la double qualité d'actionnaire et de porteur de parts.

(3) Voir par exemple C.E., 3 fév. 1905, Storch, S. 1907-3-33, note Hauriou : « Considérant, dit cet arrêt, que le propriétaire d'un immeuble sis en bordure d'une rue de Paris a, en cette qualité, et sans qu'il y ait à tenir compte de sa qualité de président du syndicat des négociants et propriétaires de cette rue, en laquelle il agit en même temps qu'en son nom personnel, un intérêt direct et personnel à demander au Conseil d'Etat l'annulation d'un arrêté préfectoral, qui autorise une compagnie de tramways à substituer dans cette rue la traction par trolley à un autre mode de traction... »

(4) Voir par exemple Req., 30 juin 1856, D.P. 1857-1-93.

(5) Voir encore, Trib. comm. Seine, 4 janv. 1936, G.P. 1936-1-598.

405. *Action recevable en une seule qualité.* — Quand l'action n'est recevable qu'en une seule qualité, les juges précisent la qualité qui ouvre cette action ; ils indiquent par exemple que l'action en restitution de fonds détournés au préjudice d'un comité d'entreprise, exercée par le président du comité en sa double qualité de représentant et de membre de ce comité, n'est recevable qu'en cette dernière qualité, parce que le président d'un comité d'entreprise ne représente pas automatiquement ce groupement et que pour pouvoir prétendre à cette fonction il doit être pourvu d'un mandat régulier (6). Une difficulté spéciale peut naître dans l'hypothèse où l'un des sujets de l'action, négligeant d'invoquer tous les titres qui paraissent devoir lui ouvrir l'action, s'est prévalu d'un titre qui ne lui confère pas qualité. L'action doit-elle alors être déclarée irrecevable, ou la circonstance que la partie aurait pu agir si elle avait invoqué l'une des autres qualités qui lui appartiennent, permet-elle de couvrir son défaut de qualité ? Un arrêt très ancien de la Cour de Cassation du 15 mars 1808 (7) semblait avoir admis que l'existence d'une qualité en laquelle on aurait pu être valablement assigné, couvre le défaut de qualité d'un défendeur assigné en une autre qualité ; cependant, cette décision n'invoquait l'existence d'une qualité suffisante que comme une justification supplémentaire de la nécessité de soulever le défaut de qualité avant toute défense au fond. La jurisprudence la plus récente déclare au contraire irrecevable l'action exercée dans de telles circonstances (8).

SECTION II

Diversité de qualités invoquées successivement

406. *Questions à examiner.* — Les différentes qualités dont peut se prévaloir une même personne peuvent encore être proposées successivement. Cela va de soi lorsque l'une des qualités invoquées est acquise postérieurement à la demande

(6) Trib. Cor. Seine, 2 nov. 1951, J.C.P. 1952-II-6701, note Larguier, D. 1952, Somm. 1. Voir encore pour un recours pour excès de pouvoir formé contre les opérations d'adjudication de la concession de l'exploitation d'une plage, en la double qualité de candidat éventuel à l'adjudication et d'usager de la plage : C.E. 16 mai 1941, S. 1942-3-14.

(7) S. 1808-1-353.

(8) Voir par exemple Bordeaux, 29 nov. 1920, G.P. table quinquennale 1920-25. V° Action n°s 16-17 ; Civ., 2 mai 1946, D. 1946-305 ; Cass. Comm., 14 janv. 1952, Bull. Cass. Civ. 1952, III, n° 20, p. 15 ; Trib. Cor. de Belley, 6 nov. 1952, G.P. 1953-1-76.

introductive d'instance. Cela est encore possible, alors même que les diverses qualités coexistent lors de l'introduction d'une instance.

On peut se prévaloir d'une nouvelle qualité à deux moments différents : soit au cours d'une instance engagée en une autre qualité, soit postérieurement à un jugement définitif rendu sur l'action d'une personne agissant en une qualité différente. Il faut donc examiner le changement de qualité en cours d'instance, puis l'étendue de l'autorité de la chose jugée sur le fond au cas où le procès est recommencé en une autre qualité.

§ 1er. — *Le changement de qualité en cours d'instance.*

407. *Intérêt du changement de qualité.* — A-t-on la possibilité de changer, au cours d'une instance, la qualité en laquelle les parties ont agi dans la demande introductive d'instance ?

L'intérêt de la question varie, selon que l'on prend en considération la situation du demandeur ou celle du défendeur. Le changement de qualité en cours d'instance donne au demandeur la possibilité d'obtenir le jugement sollicité, lorsque la qualité invoquée dans la demande introductive n'est pas de celles qui ouvrent l'action : ainsi la concubine, déboutée, en cette qualité, par un premier jugement de sa demande en dommages-intérêts pour la réparation du préjudice subi par elle du fait de la mort accidentelle du concubin, a intérêt à interjeter appel en invoquant par exemple la qualité de légataire universelle, si le de cujus a testé en sa faveur. Le défendeur peut échapper à une condamnation personnelle en changeant, au cours du débat, la qualité en laquelle il a été assigné : ainsi, les gérants d'une société occulte, assignés en leur nom personnel, pourraient écarter les condamnations poursuivies contre eux et les faire mettre à la charge de la société, en se prévalant de la qualité de gérants, représentants de la société, si l'existence de la société était révélée au cours de l'instance.

408. *Prohibition du changement de qualité en cours d'instance par les parties.* — La jurisprudence dénie aux parties comme au juge la possibilité de changer, en cours d'instance, la qualité dans laquelle le procès a été engagé et déclare que la qualité des parties est établie pour toute la durée de la procédure, même et surtout de la procédure d'appel. On justifie cette solution en invoquant le principe de l'immuabilité du litige. Celui-ci s'applique aussi rigoureusement à l'élément subjectif de la demande, c'est-à-dire aux parties et à la qualité dans laquelle elles agissent, qu'à son élément objectif. La demande fixe l'étendue du litige en ce qui concerne les per-

sonnes qui y sont parties, et aucune des parties à l'instance ne peut être changée ou prise en une qualité autre que celle en laquelle elle plaidait originairement (9).

Le changement de qualité en cours d'instance, lorsqu'il émane des parties, constitue une demande nouvelle entièrement prohibé, sans qu'il y ait d'ailleurs à tenir compte des dérogations et des assouplissements apportés au principe de la prohibition des demandes nouvelles en appel par le décret-loi du 30 octobre 1935, car ceux-ci n'affectent pas le changement de qualité (10). La demande nouvelle doit alors donner lieu à une instance principale, alors même qu'elle permettrait de couvrir le défaut de qualité de l'une des parties. Les tribunaux ont adopté cette solution dans tous les cas, qu'il s'agisse du changement de qualité du demandeur (11) ou de celui du défendeur (12). La Cour de Cassation a eu récemment encore à appliquer cette solution dans le droit des sociétés. Un arrêt de la Chambre des Requêtes du 27 décembre 1943 (13) a décidé que les gérants d'une société occulte, assignés en leur nom personnel, ne peuvent pas modifier leur qualité en

(9) Morel, Traité élém. de proc. civ., nos 349 et 363.

(10) Cf. Rev. trim. de dr. civ., 1945, p. 50, obs. Vizioz.

(11) Montpellier, 20 fév. 1871, S. 1871-1-276: demandeur réclamant une succession comme légataire universel, puis à titre d'héritier ab intestat. Contra cependant Paris, 19 fév. 1924 (solution implicite), Gaz. Trib., 10 mars 1924. Cet arrêt semble admettre implicitement la possibilité d'un changement de qualité en cours d'instance, pour couvrir le défaut de la qualité alléguée en premier lieu. Sur l'action d'un mandataire qui demandait la résiliation d'une vente en son nom propre, puis révélait qu'il agissait comme mandataire du vendeur, la Cour de Paris a déclaré la demande irrecevable pour défaut de qualité, alors même qu'il avait demandé dans ses dernières conclusions qu'il lui soit donné acte de ce qu'il agissait comme mandataire, si d'ailleurs cette déclaration n'est appuyée d'aucune pièce justificative. Il semble, par a contrario, que la Cour aurait admis la recevabilité de l'action si la qualité nouvelle, invoquée pour couvrir le défaut de qualité, avait existé dans la personne de celui qui s'en prévalait.

(12) Cass., 29 janv. 1835, S. 1835-1-276 et Limoges, 14 août 1860, S. 1861-2-39: défendeur actionné d'abord comme héritier bénéficiaire, puis pour s'entendre déclarer héritier pur et simple; Civ., 27 déc. 1889, D. 1900-1-238: partie assignée, en première instance, en délivrance d'un legs en son nom personnel comme héritier du sang et, en appel, en qualité de tuteur d'un cohéritier du mineur; Pau, 1er août 1894, D. 1895-2-84: veuve ajournée à rembourser le montant d'une créance en qualité de femme commune en bien et de tutrice de ses enfants mineurs, puis intimée à être condamnée à payer le montant de cett créance comme usufruitière de la succession de son mari décédé; Douai, 4 janv. 1854, D.P. 1854-2-136: défendeur pris en sa qualité de débiteur tenu en son nom personnel, quand il n'a été assigné que comme mandataire; Civ., 16 fév. 1887, D.P. 1888-1-28, partie attaquée en première instance en qualité de garant, puis intimée comme débiteur direct.

(13) S. 1944-1-90, Rev. trim. de dr. civ., 1945, p. 50, obs. Vizioz.

cours d'instance, afin de faire mettre les condamnations poursuivies contre eux à la charge de la société dont l'existence a été révélée au cours des débats. Un autre arrêt de la Cour Suprême rendu par la Chambre Civile le 22 janvier 1953 (14) a décidé que le directeur d'une société ne peut interjecter personnellement appel d'une décision rendue à l'encontre de la société qu'il avait représentée dans l'instance.

Si le changement de qualité au cours de l'instance constitue une demande nouvelle et est prohibé comme contraire au principe de l'immutabilité du litige, à plus forte raison en est-il ainsi lorsqu'il s'accompagne du changement de l'objet ou de la cause du litige. Une telle demande doit être déclarée irrecevable, car elle constitue un litige entièrement nouveau. C'est ce qu'a décidé la jurisprudence pour le cas de la femme interjetant appel, en qualité de légataire universelle, du jugement l'ayant déboutée en qualité de concubine d'une demande en dommages-intérêts (15).

La violation du principe de l'immutabilité du litige est sanctionnée par une exception de procédure. Il semble inexact de parler ici de fin de non-recevoir (16). La fin de non-recevoir tirée du défaut de qualité suppose l'absence de qualité chez l'une des parties, tandis que ce que l'on relève dans le cas de changement de qualité c'est la violation de la règle de l'immutabilité du litige. Il n'y a pas défaut de qualité, car la qualité invoquée existe le plus souvent et est précisément alléguée pour que le juge donne raison sur le fond à celui qui l'invoque.

409. *Portée limitée de la prohibition.* — La prohibition du changement de qualité en cours d'instance a toutefois une portée limitée. S'il n'est pas loisible au demandeur de modifier la qualité en laquelle il a agi ou celle en laquelle le défendeur a été pris devant les premiers juges, on ne saurait interdire au défendeur de se prévaloir d'une qualité différente ou de contester celle qui lui a été attribuée, en vue de faire écarter, fût-ce partiellement, la condamnation qui serait prononcée contre lui (17). C'est là, du reste, l'application du principe plus général d'après lequel le défendeur peut opposer à tout moment de l'instance et même pour la première fois en appel la fin de non-recevoir tirée du défaut de qualité, l'article 464 du Code de Procédure Civile alinéa 1er

(14) Bull. Cass. Civ., 1953, II, nº 21, p. 15.

(15) Limoges, 27 fév. 1950, S. 1951-2-81 ; voir encore, Pau, 1er juillet 1896, S. 1897-2-308 et Civ., 18 mars 1924, S. 1924-1-63.

(16) Contra, Limoges, 27 fév. 1950, précité.

(17) Civ., 30 juil. 1884, S. 1886-1-174.

autorisant en appel les demandes nouvelles servant de défense à l'action principale (18).

410. *Prohibition du changement de qualité à l'égard des juges.* — Les juges n'ont pas non plus le pouvoir de changer la qualité en laquelle les parties ont exercé l'action. C'est là un des aspects du caractère accusatoire de la procédure civile. Un arrêt ancien de la Cour de Cassation rendu le 18 août 1840 (19) l'avait déjà décidé dans une espèce assez complexe. Un maire, après avoir intenté une action au nom de sa commune, s'était vu refuser l'autorisation nécessaire par le Conseil de préfecture ; le Conseil Municipal l'avait alors autorisé à poursuivre le procès en son nom personnel et à ses risques et périls ; cependant, le maire avait continué à agir et à conclure au nom de la commune, et les juges du fond avaient décidé que les conclusions prises au nom de la commune, devaient être entendues en ce sens qu'elles ont été prises au nom du maire, agissant en son propre et privé nom. La Cour de Cassation a cassé cette décision pour le motif qu'il n'appartient pas aux tribunaux de changer les qualités dans lesquelles les parties ont agi devant eux, ni les conclusions par elles prises, et de substituer ainsi un procès à un autre, et a décidé que le maire devait être déclaré irrecevable dans son action, comme non pourvu d'autorisation. Plus récemment, la Cour Suprême a rappelé le prinicpe qu'une partie présente à un instance ne peut être retenue qu'à raison de la qualité en laquelle elle y a été prise, et qu'il n'appartient pas au juge de prononcer contre elle une condamnation en une autre qualité.

§ 2. — *L'étendue de l'autorité de la chose jugée sur le fond du litige et le changement de qualité.*

411. *Le principe de l'article 1351 du Code Civil.* — L'étude de la diversité des qualités présente encore un intérêt du point de vue de la détermination de l'étendue quant aux personnes de l'autorité de la chose jugée sur le fond du litige, lorsque l'action est recommencée par les parties en une autre qualité (20).

L'article 1351 du Code Civil formule un principe général sur cette matière. Pour qu'il y ait chose jugée, il ne suffit pas que les personnes qui agissent dans la seconde instance soient les mêmes que celles qui ont figuré dans la première, mais il faut encore qu'elles agissent en la même qualité. Ce qui compte, en effet, ce n'est pas l'identité des personnes phy-

(18) Cf. supra n° 393.
(19) S. 1841-1-73.
(20) Fourneau, Pour une conception objective de l'action, n° 178.

siques, mais l'identité des personnalités juridiques (21). Le changement de qualité entraîne le changement de la personnalité juridique. C'est pourquoi, si un jugement a été rendu contre une partie prise en une autre qualité que celle dans laquelle elle agit dans une nouvelle instance, l'existence de celui-ci ne fait pas obstacle à un nouvel examen du litige par le juge (22).

Si le principe se trouve très explicitement formulé dans l'article 1351, sa portée exacte ne laisse pas de soulever bien des difficultés (23). Sans doute, il n'y a pas chose jugée lorsque le changement de qualité dans un nouveau débat sur une action ayant déjà fait l'objet d'un jugement définitif, a pour conséquence de donner à ce second débat une cause nouvelle ou un objet différent. La circonstance que la qualité servant de base au second procès, existait déjà lors de l'introduction du premier procès serait même indifférente : il n'y a point, en effet, coexistence réelle des deux qualités puisque la seconde demande a une cause ou un objet nouveau et qu'il s'agit donc d'une action en justice différente (24). Mais, lorsque le changement de qualité ne s'accompagne pas d'un changement dans l'objet ou la cause de la demande, la portée du principe devient très délicate à préciser.

La jurisprudence confère généralement au principe de l'article 1351, une portée très étendue.

Elle opère une distinction entre les hypothèses où la diversité de qualités résulte de l'acquisition d'une nouvelle qualité postérieurement à l'introduction de la première instance, et celles où, au contraire, elle coexiste lors de l'introduction du premier débat.

412. *Qualités ne coexistant pas lors de l'introduction du premier débat.* — Lorsque les diverses qualités ne coexistent pas lors de l'introduction du premier débat, la Cour de Cassation décide que la chose jugée sur la première qualité ne s'étend pas à l'action exercée en une autre qualité. Trois arrêts de rejet de la Chambre Civile rendus à quelques années d'intervalle, vers le milieu du siècle dernier, ont adopté cette solution. Dans un arrêt du 28 août 1849, il a été décidé que la chose jugée avec le tuteur d'un incapable ne peut lui être opposée s'il reproduit la même demande en son nom personnel.

(21) Encyclopédie Dalloz, V° chose jugée par R. Perrot, n° 102.

(22) Glasson, Tissier et Morel, Traité théorique et pratique de procédure civile, t. 3, n° 775 in fine.

(23) Rev. trim. de dr. civ., 1940-41, p. 487, obs. Vizioz.

(24) Civ., 3 mai 1841, D.P. 1841-1-225; Req., 21 juil. 1881, D.P. 1882-1-213; Civ., 17 mai 1890, D.P. 1891-1-316; Civ., 18 sept. 1940, D.H. 1940-190, S. 1941-1-43, Rev. trim. de dr. civ., 1940-41, p. 487, obs. Vizioz.

Un second arrêt du 26 avril 1852 (25) a décidé que le jugement rendu contre un héritier bénéficiaire sur l'existence d'un privilège, n'a pas l'autorité de la chose jugée à l'égard du même héritier, agissant ultérieurement en qualité de créancier hypothécaire de la succession. Enfin, un troisième arrêt rendu le 4 juillet 1854 (26) a décidé que celui qui a succombé dans une instance où, figurant en son nom propre, il prétendait que des engagements par lui souscrits devaient être annulés, comme constituant des avantages particuliers consentis par son intermédiaire au profit de l'un des créanciers d'un failli, peut poursuivre plus tard l'annulation des mêmes engagements au nom et en qualité de créancier du failli, en vertu de l'article 1166 du Code Civil.

Depuis lors, la jurisprudence a rejeté comme inadmissible la fin de non-recevoir tirée de l'autorité de la chose jugée, lorsque l'action est recommencée en une autre qualité (27). Elle admet que le moyen pris de l'inadmissibilité de l'exception de chose jugée à raison de la qualité distincte invoquée dans la nouvelle instance, peut être proposé à tout moment et même pour la première fois devant la Cour de Cassation (28). D'autre part, elle a décidé que l'action peut être recommencée non seulement par la voie d'une instance principale, mais encore par la tierce-opposition, estimant que cette voie est ouverte à ceux qui, ayant figuré dans une instance terminée par une décision définitive, ont intérêt à agir en une autre qualité (29). C'est ainsi qu'un jugement du tribunal civil de la Seine du 14 avril 1905 a déclaré recevable la tierce opposition au jugement rendu dans une instance en liquidation et partage d'une succession contre une personne agissant comme représentant de l'un des légataires, lorsque cette voie de recours est exercée en qualité de représentant d'un autre légataire (30). La chambre sociale de la Cour de Cassation a encore récemment admis que le copropriétaire indivis, qui a été partie en son nom personnel dans l'instance introduite par le locataire, est recevable à reprendre, en qualité de légataire universel, l'action en tierce-opposition introduite par l'autre copropriétaire indivis décédé entre temps (31).

(25) D.P. 1852-1-131.

(26) D. P. 1854-1-403.

(27) Lyon, 30 déc. 1870, D.P. 1871-2-137; Req., 21 juin 1881, D.P. 1882-1-213; Civ., 17 mars 1890, D.P. 1891-1-316; Civ., 29 mai 1909, D.P. 1911-1-284; Req., 28 fév. 1911, D.P. 1913-1-405.

(28) Civ., 26 avril 1852, D.P. 1852-1-131.

(29) Trib. Civ. Seine, 14 avr. 1905, G.P. table quinquennale 1902-1907, V° Tierce opposition, n° 11, Cass. Soc. 29 juin 1951, G.P. 1951-2-272; D. 1952 Somm. 72.

(30) Trib. Civ. Seine, 14 avr. 1905, précité.

(31) Cass. Soc. 29 juin 1951, précité.

Toutefois, on a estimé que, lorsque une personne a été assignée dans la même qualité dans une seconde instance et qu'il est joint, à celle-ci, une autre instance où cette personne est prise en une autre qualité, il y a chose jugée ; la circonstance qu'à un second procès a été joint une autre instance introduite par le demandeur au premier procès, agissant cette fois en une autre qualité, n'empêche pas les plaideurs d'avoir la même qualité dans les deux instances qui doivent seules être comparées (32). On a encore décidé qu'il était impossible d'agir, dans une seconde instance, par voie d'action récursoire en garantie, alors que la contestation a été engagée, dans la première instance, par voie d'action principale (33).

413. *Coexistence des qualités lors de l'introduction de la première instance.* — A l'inverse, lorsque les diverses qualités coexistent lors de l'introduction du premier débat, la jurisprudence apporte une restriction importante à la théorie selon laquelle le jugement rendu sur la première instance ne s'étend pas au second procès. Elle décide, en effet, que le jugement rendu avec une partie procédant en une certaine qualité, fait obstacle à ce que cette partie reproduise un nouveau débat, ayant même cause et même objet, en vertu d'une qualité distincte, si elle réunissait déjà ces deux qualités lors du premier débat (34). Il importe peu d'ailleurs que la partie n'ait pu se prévaloir simultanément des deux qualités, parce qu'elle avait en elle des intérêts contradictoires : elle est alors tenue d'opter entre ces deux qualités et les intérêts opposés auxquels elles donnent naissance (35). On prévient, de la sorte, la situation bizarre dans laquelle cette partie se placerait, s'il lui était permis de jouer successivement, à propos d'un débat identique, les deux rôles opposés et, après avoir choisi l'un de ces rôles, de venir, en s'emparant ensuite de l'autre, s'élever contre le jugement qu'elle a elle-même obtenu et qui ne donnerait pas à ses intérêts une satisfaction aussi complète que celle qu'elle attendrait du nouveau jugement par elle sollicité. Ainsi, celui qui, au droit de sa mère, a demandé et obtenu la collocation de l'hypothèque légale de celle-ci, en combattant un contredit fondé sur l'absence de reprise à exercer, ne peut ultérieurement, alors qu'une collocation en sous-ordre réclamée par des créanciers de sa mère doit lui enlever le bénéfice de cette collocation, s'approprier le même contredit, en qualité d'ayant-droit de son père, si, déjà, il était investi de cette dernière qualité lors de l'exercice des droits maternels.

(32) Req., 6 avr. 1909, D.P. 1911-1-105, note Guénée.
(33) Req., 13 août 1872, D.P. 1872-1-466.
(34) Req., 30 juin 1856, D.P. 1857-1-93.
(35) Req., 30 juin 1856, précité.

Cette solution est rigoureuse, car la partie qui a négligé d'invoquer l'une des qualités qu'elle possédait lors de l'introduction de la première demande, se trouve ainsi privée de toute possiblité de la faire valoir ultérieurement, puisque, non seulement elle ne peut pas l'invoquer en cours d'instance mais encore elle ne pourra pas s'en prévaloir après un jugement définitif fondé sur la première qualité.

Un arrêt récent de la Cour de Cassation du 23 décembre 1947 (36) semble restreindre encore davantage le principe que le jugement rendu en une qualité n'a pas l'autorité de la chose jugée, lorsque l'action est recommencée en une autre qualité. En effet, la Cour de Cassation a étendu l'autorité de la chose jugée dans un premier jugement à une action où le demandeur agissait en une autre qualité acquise postérieurement à l'introduction du premier débat. Il s'agissait, dans l'espèce soumise à la censure de la Cour, d'un commissaire au concordat qui, après avoir assisté à l'action des créanciers hypothécaires et à l'ordre ouvert sur leur initiative, dirigeait contre ceux-ci l'action en nullité de l'article 446 du code de commerce, en qualité de syndic, après la reprise de la procédure de liquidation judiciaire convertie en faillite. La Cour de Cassation a accueilli la fin de non-recvoir tirée de l'autorité de la chose jugée. Il ne s'agissait cependant pas, dans cette hypothèse, de qualités coexistantes lors du premier débat, puisque la conversion en faillite de la liquidation judiciaire et l'attribution de la fonction de syndic au demandeur étaient postérieures à l'action des créanciers hypothécaires à laquelle il avait assisté en qualité de commissaire au concordat. D'autre part, la différence entre la qualité de commissaire et celle de syndic était certaine : tandis que le commissaire au concordat représente exclusivement les intérêts du créancier face au débiteur remis en possession de ses biens, le syndic représente à la fois la masse et le failli frappé de desaisissement. Mais la Cour de Cassation n'a pas estimé que ces circonstances devaient faire obstacle à l'identité des personnes, la continuité des fonctions entre les mêmes mains lui paraissant au contraire souligner cette unité.

(36) Cass. Comm., 23 déc. 1947, Bull. Cass. Civ., 1947, n° 69, p. 221, Rev. trim. de dr. civ., 1948, p. 501, obs. Hébraud.

CONCLUSIONS

414. *Rôle de la qualité dans les divers contentieux.* — Au terme de cette étude de la qualité, une première conclusion se dégage. La qualité n'a d'utilité que dans le contentieux subjectif. Si, en effet, le fondement de la qualité est l'efficacité de la décision prononcée sur l'action des parties au procès, on comprend qu'il soit utile d'exiger que les plaideurs aient qualité pour que le jugement puisse être opposé au titulaire du droit. Le principe de l'autorité relative de la chose jugée s'oppose à l'efficacité de toute décision sollicitée par les personnes qui n'ont aucune relation avec le titulaire du droit litigieux ou qui, malgré l'existence d'une relation avec ce dernier, ne sont pas admis par la loi à faire valoir en justice le droit d'autrui parce que le lien qui les unit à celui-ci n'est pas suffisamment étroit pour être protégé de cette manière.

En revanche dans le contentieux objectif où la chose jugée a une portée obsolue, la notion de qualité n'est plus d'une grande utilité. Lorsqu'il s'agit du redressement de la légalité violée, il faut admettre qu'en principe tous les citoyens peuvent agir. L'idée de qualité, qui suppose un choix parmi les demandeurs, est sans utilité dans l'action populaire. S'il est vrai que, en réalité, le recours pour excès de pouvoir est ouvert aux seuls requérants qui justifient d'un intérêt, c'est en raison d'une règle d'organisation judicaire, pour éviter l'encombrement des tribunaux. L'idée de qualité n'ajoute rien à celle d'intérêt : c'est pourquoi on dit que la qualité est l'aspect personnel de l'intérêt. Si, d'autre part, l'exercice de l'Action Publique appartient en principe au Ministère Public, cela résulte d'une règle d'organisation sociale. Là encore, l'idée de qualité n'ajoute rien.

Il apparaît donc que lorsqu'on envisage la distinction des deux contentieux objectif et subjectif, l'idée de qualité est une pièce maîtresse de cette distinction. Inutile dans le premier, elle se révèle, au contraire, indispensable et riche de conséquences importantes dans le scond.

415. *Conception unitaire de la qualité dans le contentieux subjectif.* — La qualité comporte de multiples manifestations qui, au premier abord, paraissent très différentes. Dès lors, on peut être tenté de soumettre chacune d'elles à un régime juridique différent, selon qu'elle se rapproche davantage des

éléments du fonds du litige ou des conditions de validité de l'instance.

Pour échapper à ce danger de diversification du régime de la qualité, il est indispensable de faire appel au fondement de l'exigence de la qualité dans le contentieux subjectif. Chaque fois qu'il s'agit de la reconnaissance ou de la sanction d'un droit subjectif, on considère que la personne qualifiée pour agir est avant tout le titulaire du droit litigieux ou son représentant. C'est la conséquence des principes de la liberté individuelle et de l'indépendance des patrimoines. Ce n'est qu'exceptionnellement que le législateur, prenant en considération l'interdépendance des intérêts, ouvre l'action à d'autres personnes que le titulaire du droit litigieux. Encore pose-t-il soigneusement les conditions à remplir pour que le jugement prononcé soit opposable à ce dernier. Aussi, la question de qualité n'est rien d'autre qu'une question d'efficacité pratique de la décision de justice.

A quoi bon alors examiner le fonds du litige, si de toute manière le jugement prononcé ne sera d'aucune utilité. A quoi bon d'autre part sanctionner le défaut de qualité par une exception de procédure devant être soulevée « in limine litis » à peine de déchéance, conformément aux règles qui régissent les conditions de validité de l'instance, si d'ailleurs l'action est entachée d'un vice si radical que la décision du juge sera inefficace.

Force est donc de considérer la qualité comme une condition d'existence de l'action, quelle que soit l'hypothèse de qualité envisagée. Dès lors, il faut soumettre toutes les manifestations de la qualité à un régime juridique unique, celui qui est le mieux adapté à sa nature. C'est ainsi notamment que la meilleure sanction du défaut de qualité est bien cette fin de non-recvoir que la jurisprudence avait créé, en dehors de toute disposition légale, avant le décret-loi du 30 octobre 1935 et qu'elle a maintenu depuis, malgré de nombreuses incertitudes, contre la disposition de la loi. Les tribunaux ont senti combien la nature de l'institution dominait sa sanction et ont mis en œuvre, pour faire triomphe la raison, tous les moyens que l'exégèse du texte du décret-loi du 30 octobre 1935 mettait à leur disposition.

416. *Ultime définition de la qualité.* — Soucieux de clarté dans la présentation de la notion de qualité, nous avions, dès le début de notre première partie, donné une définition provisoire de la qualité, s'apparentant à la définition classique (1). La qualité, disions-nous, est le titre requis de chacun des plaideurs par le droit positif pour mettre le juge en contact avec

(1) Cf. supra n° 12 et la note 3.

le fonds du litige. Ce titre, ajoutions-nous, exprime une relation entre les sujets de l'action en justice et les sujets du droit litigieux au cas de contentieux subjectif, ou les bénéficiaires de l'avantage poursuivi devant le juge au cas de contentieux objectif. Par titre, nous entendions, non pas l'écrit dressé pour faire la preuve d'un droit, mais la situation juridique née d'un fait juridique.

Faut-il réviser cette définition ? Nous avons vu déjà combien était inutile la notion de qualité dans le contentieux objectif. Elle n'ajoute rien (2). Parti dans la définition initiale avec le souci de trouver une définition de la qualité valable pour les deux contentieux, nous ne pouvons que constater l'échec de cette tentative.

En revanche, la définition classique est valable, en gros, pour le contentieux subjectif. Il faut seulement y apporter quelques améliorations destinées à mettre en lumière la fonction de la qualité. On peut définir la qualité comme « *la situation juridique requise des plaideurs par le droit positif pour obtenir une décision de justice efficace* ». Telles est du moins notre conviction.

(2) supra n° 414.

BIBLIOGRAPHIE

I. — OUVRAGES DE DROIT JUDICIAIRE.

BÉRARD. — *La notion d'intérêt dans le recours pour excès de pouvoir*, Thèse, Paris, 1933.

BERRIAT SAINT PRIX. — *Cours de procédure civile*, 1835.

BETTI. — *Legittimazione ad agire e rapporto sostanziale, in Giurisprudenza italiano*, 1949.

BOUCENNE. — *Théorie de la procédure civile*, Poitiers, Paris, 1828-1863.

BRULLIARD. — *Procédure civile*, Paris, 1944.

CARNELUTTI. — *Sistema di diritto processuale cicile*, Padoue, 1936-1939.
Titolaritta del diritto et legittimazione, Rivista di diritto processuale civile, 1952, II, p. 121.

CÉZAR-BRU. — *Précis élémentaire de procédure civile*, Paris, 1927.

CHIOVENDA. — *Istituzioni di diritto processuale cicile*, vol. I : *I concetti fondamentali. La dottrina delle azioni.* — Vol. II (1re partie) : *I rapporti processuali. Il rapporto processuale ordinari di cognizione*, Naples, 1933.
Principi di diritto processuale civile, Naples, 1928.
Saggi di diritto processuale civile, vol. I : *L'Azione nel sistema dei diritti*, Rome, 1930-1931.

COSTA. — *Interesse e legittimazione ad agire*, in Nuovo Digesto Italiano.

CRÉMIEU. — *Précis théorique et pratique de procédure civile*. Paris, 1924.

CUCHE ET VINCENT. — *Précis de procédure civile*, 10e éd., Paris, 1951.

FOURNEAU. — *Pour une conception objective de l'action en justice*, Thèse, Aix, 1951.

GARSONNET ET CÉZAR-BRU. — *Traité théorique et pratique de procédure civile*, 3e éd., Paris, 1912-1925.

GIVERDON. — *La qualité, condition de recevabilité de l'action en justice*, chronique au Recueil Dalloz 1952, p. 87.

GLASSON. — *Précis de procédure civile,* Paris, 1901.

GLASSON, TISSIER et MOREL. — *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile,* 3e éd., Paris, 1925.

JAPIOT. — *Traité élémentaire de procédure civile et commerciale,* 3e éd., 1935.

LABORDE-LACOSTE. — *Précis élémentaire de procédure civile,* 2e éd., Paris, 1939.

MINNIN. — *Les moyens d'ordre public et l'office du juge,* J.C.P. 1946, I. 542.

MOREL. — *Traité élémentaire de procédure civile,* 2e éd., 1949.

NENCIONI. — *Sostituzione processuale e legittimazione.*

NENNER. — *Die Sachlegitimation,* Judicium, 1933.

NGUYEN-QUOC DINH. — *L'intervention dans le recours pour excès de pouvoir,* Revue du droit public, 1946, p. 389.

RAUTER. — *Cours de procédure française,* Paris, 1834.

REDENTI. — *Giudizio civile con pluralita de parti.*

ROCCO. — *La legittimazione ad agire,* Rome, 1929.

ROSSIGNOL. — *La représentation de l'Etat devant les tribunaux judiciaires,* Thèse, Paris, 1952.

SEGUI. — *Intervento addesiva,* Rome, 1919.

VIZIOZ. — *Cours de procédure civile,* Polycopie, Bordeaux, 1938.

Etudes de procédure civile, t. 1 : *Observations sur l'étude de la procédure civile,* Paris, 1931.

II. — OUVRAGES HISTORIQUES.

A. DUMAS. — *Cours d'histoire du droit,* Aix.

DU BREUIL. — *Style du Parlement de Paris,* Paris 1877.

GIRARD. — *Manuel élémentaire de droit romain,* Paris, 1911.

LE BRUN DE LA ROCHETTE. — *Le procès civil et criminel,* 1618.

LOCRÉ. — *Travaux préparatoires du code de procédure civile,* t. 11, Paris, 1856.

LOYSEL. — *Instituts coutumiers,* Paris, 1848.

MASUER. — *La Practique, mise en français par Antoine Fontanon,* 1620.

PIGEAU. — *La procédure civile du Châtelet de Paris et de toutes*

les juridictions ordinaires du royaume, démontrée par principes et mise en action par des formules, Paris, 1779.

POTHIER. — *Traité du droit français*, éd. Dupin, 1827, t. 9. *Procédure*, éd. Bugnet, 1848, t. 10, *Procédure*.

TANON. — *L'ordre du procès au XIV^e siècle au Châtelet de Paris*, Paris, 1886.

III. — OUVRAGES DIVERS.

AUBRY *et* RAU. — *Droit civil français*, 6^e éd. : *Mise au courant de la législation et de la jurisprudence*, t. 4 par Bartin, t. 8 par P. Esmein.

BATIFFOL. — *Traité élémentaire de droit international privé*, Paris, 1949.

ED. BERTRAND. — *De l'ordre économique à l'ordre collectif*, dans Le droit privé français au milieu du XX^e siècle, t. 1, p. 160.

H. CAPITANT. — *Vocabulaire juridique*.

COLIN et CAPITANT. — *Traité de droit civil*, refondu par Julliot de la Morandière, t. 1, Paris, 1953.

DEMOLOMBE. — *Cours de code Napoléon*.

DONNEDIEU DE VABRES. — *Traité de droit criminel*, 3^e éd. 1947.

J. ESCARRA. — *Manuel de droit commercial*, Paris, 1952.

ESCARRA et RAULT. — *Les sociétés commerciales*, Paris, 1950.

GUIHO. — *Les actes de disposition sur la chose d'autrui*, Revue trimestrielle de droit civil, 1954, p. 1.

HÉMARD. — *Théorie et pratique des nullités de sociétés et des sociétés de fait*, Paris, 1926.

HOUPIN et BONSVIEUX. — *Traité général théorique et pratique des sociétés civiles et commerciales et des associations de fait*, 7^e éd., 1935.

JULLIOT DE LA MORANDIÈRE. — *L'ordre public en droit privé interne*, dans Etudes Capitant, p. 381.

LABORDE-LACOSTE et BRETHE DE LA GRESSAYE. — *Introduction générale à l'étude du droit*. Paris, 1947.

LACOUR et BOUTERON. — *Précis de droit commercial*, 1923.

LAPP. — *La nomination judiciaire des administrateurs de sociétés*, Revue trimestrielle de droit commercial, 1952, p. 769.

LIET VAUX, SEGUIN et PLANADEVALL. — *Traité de remembrement urbain et de reconstruction collective*, 1949.

LYON-CAEN et RENAULT. — *Traité de droit commercial*, 1921-1936.

MAGNOL. — *De la compétence des juridictions répressives pour connnaître de l'action civile et des conditions de recevabilité de cette action devant ces juridictions*, dans Le droit privé français au milieu de XX^e siècle, t. 2, p. 208.

H. MAZEAUD. — *La lésion d'un intérêt légitime, juridiquement protégé, condition de la responsabilité civile*, chronique au Recueil Dalloz de 1954, p. 39.

H. et L. MAZEAUD. — *Traité de la responsabilité civile*, 4^e éd., Paris, 1947-1950.

MORANGE. — *La notion de situation illégitime dans le contentieux de la responsabilité administrative*. chronique au Recueil Dalloz de 1953, p. 27.

PLANIOL et RIPERT. — *Traité pratique de droit civil français*, 2^e éd. — t. 2 : *La Famille*, par Rouast. — t. 6 : *Les obligations*, par Esmein. — 1^re éd., t. 8 : *Les régimes matrimoniaux*, par Nast.

PERCEROU et DESSERTAUX. — *Traité des faillites*, 2^e éd., 1935.

G RIPERT. — *Traité élémentaire de droit commercial*, 2^e éd., 1950.
Droit maritime, 4^e éd., t. 1, 1950.

RIPERT et BOULANGER. — *Traité élémentaire de droit civil de Planiol*, 4^e éd.,

ROUAST et DURAND. — *Précis de droit du travail.*

L ROUGET. — *Dans quels cas le Ministère Public peut-il agir d'office en matière civile ?* Thèse, Paris, 1941.

SAUVAGE. — *Les actions en responsabilité contre les administrateurs de sociétés anonymes*, 2^e éd.

J. SAVATIER. — *La profession libérale*, Thèse, Poitiers, 1947.

R. SAVATIER. — *Traité de la responsabilité civile*, 2^e éd., 1951.

SOLUS. — *Cours de droit judiciaire privé*, cours de licence, Paris, 1947-48.
Le droit du Ministère Public d'agir en justice au service de l'ordre public, Etudes Capitant, 769.

THALLER. — *Traité élémentaire de droit commercial*, Paris, 1922.

TABLE ANALYTIQUE DES MATIÈRES

Pages

Abréviations et modes de citation 7

Introduction

I

1. Notions historiques — Droit romain 9
2. Ancien droit 10
3. Droit positif — Doctrine 11
4. Jurisprudence 12
5. Application générale de la qualité 13

II

6. Incertitude de la notion de qualité en droit positif 13
7. Contenu 14
8. Nature juridique 14
9. Régime juridique 15

III

10. Intérêt d'une étude de la qualité 15
11. Méthode et plan de l'ouvrage 16

Première Partie

LA NOTION DE QUALITÉ

Chapitre Préléminaire

DEFINITION DE LA QUALITE

12. Définition 21
13. Double aspect de la qualité 21
14. Explication de la définition 23

SECTION I

La distinction des sujets de l'action et des sujets du droit déduit en justice

§ 1er. — Les éléments de la distinction.

15. Distinction 23

A. — *Les sujets de l'action en justice.*

16. Définition 23

1° *Qualification active et qualification passive.*

17. Qualité du demandeur et du défendeur 24

2° *Qualification autonome et qualification dépendante.*
18. Diverses manières de saisir le juge 25
19. Intérêts pratiques 26

B. — *Les sujets du droit litigieux.*
20. Contentieux subjectif 27
21. Contentieux objectif 27

§ 2. — Fondement de la distinction.
22. Distinction de l'action et du droit 27

A. — *Définition de l'action en justice.*
23. Définition 28

B. — *Nature de l'action en justice.*
24. Distinctions à faire 29

1° *L'autonomie de l'action en justice.*
25. Distinction de l'action et du droit litigieux 30
26. Distinction de l'action et de l'instance 31

2° *Rapport de l'action et du droit substantiel litigieux.*
27. Lien entre l'action et le droit 31

SECTION II
La relation entre les sujets du droit et les sujets de l'action
28. Idée générale 32

§ 1er. — Exigence d'une relation préalable.
29. Défaut de qualité du gérant d'affaires 32

§ 2. — Détermination de la relation de nature à conférer la qualité.
30. Référence au contenu de la prétention 33
31. Plan 34

Titre Premier
DOMAINE D'APPLICATION DE LA QUALITÉ
32. Idées générales 35
33. Plan 36

CHAPITRE Ier
LA QUALITE DU TITULAIRE DU DROIT
34. Idée générale 37
35. Contentieux objectif 38
36. Solution implicite de la question de qualité 39
37. Difficultés particulières 39

SECTION I
Détermination des personnes qualifiées lorsqu'il existe plusieurs intéressés possibles
38. Personnes pour lesquelles se présente la difficulté 41
39. Actions en condamnations 41
40. Autres actions 42

§ᵉʳ. — La qualité dans les actions constitutives.
41. Cas où la qualité appartient aux seuls sujets du rapport ou de la situation juridique 42
A. — *Difficultés en matière de qualification active.*
1° *Action en nullité.*
42. Nullités relatives 43
43. Nullités absolues 44
2° *Actions possessoires.*
44. Distinction entre les diverses actions possessoires 45
45. Qualité pour exercer la complainte et la dénonciation de nouvel œuvre 46
46. Qualité pour exercer la réintégrande 47
3° *Actions relatives à l'état des personnes.*
47. Exemples 48
4° *Actions en matière de libéralités.*
48. Exemples 49
B. — *Difficultés en matière de qualification passive.*
49. Idée générale 49
50. Actions possessoires 49
51. Action paulienne 51
§ 2. — La qualité dans les actions déclaratoires.
52. Difficultés pour la qualification passive 51
53. Contestation soulevée par un tiers 52
§ 3. — La qualité dans le procès conservatoire.
54. Exemples 53
§ 4. — La qualité dans l'exercice des voies de recours.
55. Principe 54
56. Jurisprudence 54

SECTION II
Incertitude sur le titulaire du droit
57. Idée générale 54
58. Cas de l'usufruit 55
59. Cas de remembrement urbain 56
60. Cas d'action en responsabilité 56

CHAPITRE II
LA QUALITE DU REPRESENTANT
61. Définition de la représentation dans l'action 58
62. Utilité pratique 58

SECTION I
Les conditions de la représentation dans le pouvoir d'action
63. Enumération 59
§ 1ᵉʳ. — Le pouvoir de représenter.
64. Origines du pouvoir de représenter 59
65. Plan 60

A. — *La représentation en justice des incapables.*
66. Idée générale 60
1° *Nature et caractère du pouvoir d'agir de celui qui fait valoir en justice le droit de l'incapable.*
67. Distinction de la représentation et de l'assistance 60
68. Généralité du pouvoir du représentant et de l'assistant de l'incapable 62
2° *Etendue du pouvoir.*
69. Actions que le représentant de l'incapable peut exercer seul 62
70. Actions pour lesquelles une autorisation est nécessaire 64
71. Actions pour lesquelles le représentant de l'incapable est sans qualité 65
B — *La représentation en justice des personnes morales.*
72. Rôle des représentants des personnes morales 66
1° *La représentation des personnes morales de droit privé.*
73. Le représentant est un organe de la personne morale 67
74. Représentants légaux des sociétés 68
75. Exclusion du personnel salarié 69
76. Défaut de qualité des associés 70
77. Défaut de qualité des tiers 71
78. Désorganisation et dissolution de la société 71
79. Associations 73
80. Syndicats professionnels 73
81. Comités d'entreprise et d'établissement 73
82. Groupements dépourvus de personnalité morale .. 73
2° *La représentation en justice des personnes morales de droit public.*
83. Nature du pouvoir des représentants des personnes morales de droit public 74
84. Compétence générale du préfet 75
85. Compétences spéciales 76
86. Représentation du département 76
87. Représentation de la commune 76
C. — *Le mandat « ad litem ».*
88. Admission de la représentation conventionnelle en droit moderne 77
1° *Conditions de validité du mandat « ad litem ».*
89. Conditions de fond 77
90. Conditions de forme 78
2° *Etendue et cessation des pouvoirs du mandataire.*
91. Etendue des pouvoirs du mandataire 79
92. Cessation des pouvoirs du mandataire 80
§ 2. — La volonté propre du représentant.
93. Manifestation de volonté propre 80

94. Mandat 80
95. Représentation légale et judiciaire 80

§ 3. — L'intention de représenter autrui.

96. Preuve de cette intention 80
97. Prête-nom 81

SECTION II

Effets de la représentation dans l'action

98. Idée générale 82

§ 1er. — Effets pour le représentant.

99. Importance du rôle du représentant dans l'exercice de l'action 82
100. Absence d'effets du jugement à l'égard du représentant 83

§ 2. — Effets pour le représenté.

101. Effets de l'action à l'égard du représenté 84
102. Conséquences 84

§ 3. — Effets pour le tiers sujet de l'action.

103. Absence de lien entre le tiers et le représentant .. 84

CHAPITRE III

LA QUALITE DU SUBROGE

104. Notion de subrogation dans l'action 86
105. Plan 86

SECTION I

Caractères généraux de la subrogation dans l'action

106. Intérêt d'une étude des caractères de la subrogation 87

§ 1er. — Conditions de la subrogation dans l'action.

107. Enumération 88
108. Inutilité du caractère de la qualité du subrogeant .. 89

A. — *L'intérêt du subrogé.*

109. Fondemant de l'exigence d'un intérêt chez le subrogé 90
110. Subrogation et représentation dans l'action 90
111. Subrogé et titulaire du droit litigieux 91

B. — *Protection légale du lien qui unit le demandeur au titulaire du droit.*

112. Nécessité d'une loi particulière 92
113. Nature du lien qui unit le subrogé au titulaire du droit 93

§ 2. — Effets de la subrogation dans l'action.

114. Idée générale 93

A. — *Effets à l'égard du subrogé.*

115. Enumération 94

1° *La situation du subrogé dans l'instance.*

116. Activités attachées à la qualité de partie 94

117. Frais et dépens de l'instance 94
2° *Le bénéfice du jugement.*
118. Attribution du bénéfice du jugement au subrogé 94
A. — *Effets à l'égard du subrogeant.*
119. Raisons d'être de ces effets 95
1° *Position du subrogeant relativemnt à l'instance.*
120. Intervention dans l'instance du subrogeant 95
121. Remboursement des frais de poursuite 95
2° *Effets du jugement à l'égard du subrogeant.*
122. Absence d'unité en cette matière 95
123. Cas où le jugement n'est pas opposable au subrogeant 96
124. Intervention forcée du titulaire du droit 97
125. Opposabilité de plein droit du jugement 97
SECTION II
Les cas de subrogation dans l'action en droit positif
126. Enumération 98
§ 1er. — La subrogation et les droits des créanciers.
127. L'article 116 du code civil 98
A. — *Domaine d'application de l'action oblique.*
1° *Actions susceptibles d'être exercées par voie oblique.*
128. Généralité du pouvoir d'action oblique des créanciers 98
129. Exceptions 100
2° *Cas de faillite.*
130. Renforcement des prérogatives des créanciers du failli 100
3° *Cas de la garantie.*
131. Assimilation du gérant à un créancier 100
B. — *Caractères de l'action oblique.*
132. Idée générale 101
1° *Exercice de l'action du débiteur.*
133. Conséquence de cette idée sur la recevabilité de l'action 101
134. Conséquence sur les éléments de la demande 102
2° *Le subrogé agit en son nom propre.*
135. Absence de représentation du débiteur 103
136. Conséquences 103
§ 2. — La subrogation et le régime matrimonial.
A. — *Actions exercées par le mari.*
1° *La subrogation dans les régimes communautaires.*
137. Cas de subrogation 104
2° *La subrogation dans le régime dotal.*
138. Subrogation dans les actions dotales 105
B. — *Nature du pouvoir d'action du mari.*
139. Idée générale 106

1° *Le mari fait valoir le droit de la femme.*
140. Protection du droit de la femme 106
141. Conséquences 107
2° *Le mari agit en son nom propre.*
142. Absence de représentation 107
§ 3. — L'action en faveur de leurs membres, des syndicats parties à la convention collective du travail.
143. L'article 31 t., livre premier du code du travail .. 108
A. — *Conditions de l'action du syndicat.*
1° *Conditions requises du côté du syndicat demandeur.*
144. Syndicats, partie à la convention collective 109
145. Pouvoir des autres syndicats 109
2° *Conditions requises chez le subrogeant.*
146. Droit dont la source est dans la convention collective 109
147. Victime, membre du syndicat demandeur 109
148. Absence d'opposition de l'intéressé 110
B. — *Effets de l'action du syndicat.*
149. Le syndicat agit en qualité de subrogé 110
150. Conséquences de cette idée 111
§ 4. — Les actions sociales exercées « ut singuli ».
151. Utilité des actions sociales « ut singuli » 111
152. Actions individuelles et actions sociales 112
A. — *La recevabilité des actions sociales « ut singuli ».*
153. Législation 112
154. Jurisprudence 113
155. Fondement de l'action sociale « ut singuli » 113
1° *Les actions sociales dans le droit des sociétés.*
156. Action sociale en responsabilité, exercée « ut singuli » par l'actionnaire 114
157. Action en nomination des administrateurs de société 115
158. Action en nullité et en restitution 116
159. Action des porteurs de parts de fondateurs 116
2° *Les actions sociales « ut singuli » et le droit de la faillite.*
160. Règle de l'interdiction des poursuites individuelles 117
161. Exceptions apportées à cette règle par la jurisprudence 118
162. Action en responsabilité contre le syndic 118
163. Contredit élevé par un créancier 119
164. Difficultés pour certaines actions 120
165. Action paulienne 120
166. Action individuelle des créanciers, après la clôture de la faillite pour insuffisance d'actif 122
3° *L'action sociale « ut singuli » dans le droit de l'entreprise et de la sécurité sociale.*
167. Recevabilité des actions présentant le double caractère individuel et social 123

168. Irrecevabilité des actions purement sociales 124
4° *L'action sociale « ut singuli » dans le droit de propriété.*
169. Action des sinistrés groupés en associations syndicales 126
170. Action des copropriétaires d'appartements 126
5° *L'exercice par le contribuable des actions appartenant à la commune.*
171. L'article 123 de la loi municipale du 8 avril 1884 .. 127
B. — *Nature du pouvoir d'action des membres du groupement.*
172. L'action sociale « ut singuli » est un cas de représentation dans l'action 127
1° *Le demandeur fait valoir le droit d'autrui.*
173. Action destinée à faire valoir le droit du groupement 127
174. Conséquences 128
175. Difficultés pour certaines actions. Action sociale en responsabilité exercée « ut singuli » 129
176. Nature sociale de l'action paulienne et des actions individuelles des créanciers de la faillite 130
2° *Le demandeur agit en son nom propre.*
177. Intérêt personnel du membre du groupement 131

CHAPITRE IV
LES CAS DE PREROGATIVE FONCTIONNELLE
178. Situations dans lesquelles il y a lieu à prérogative fonctionnelle 132
179. Plan 133

SECTION I
L'action du Ministère Public
180. Diversité des prérogatives du Ministère Public 133
§ 1er. — Le pouvoir d'action publique du Ministère Public dans l'intérêt de la société.
181. Attribution de l'action publique 133
A. — *Détermination des organes compétents pour l'exercice de l'action publique.*
1° *Principe de la compétence du Ministère Public.*
182. Etendue du pouvoir du Ministère Public 134
183. Nature du pouvoir du Ministère Public 135
2° *Compétences exceptionnelles.*
184. Exceptions au principe de la compétence du Ministère Public. Administrations 135
185. Action d'office des juges 136
186. Partie lésée 136
B. — *Absence d'action populaire en matière pénale.*
187. Nécessité de l'atteinte à un droit subjectif 136

188. Conséquences de cette idée 137

§ 2. — *Les prérogatives fonctionnelles du Ministère Public en matière civile.*

189. Ordre public et intérêts privés 137

A. — *L'action dans l'intérêt de l'ordre public.*

1° *La notion d'ordre public.*

190. Définition 138

191. Domaine d'application 138

2° *Détermination des organes compétents pour agir dans l'intérêt de l'ordre public.*

192. Le Ministère Public 138

193. L'action d'office du juge 139

B. — *Compétence exceptionnelle du Ministère Public pour agir dans l'intérêt des particuliers.*

194. Protection des incapables et des absents 140

§ 3. — Le pourvoi dans l'intérêt de la loi.

195. Pourvoi du Procureur Général près la Cour de Cassation 140

196. Pourvoi dans l'intérêt de la loi du Directeur Général de la Sécurité Sociale 141

SECTION II

L'action des groupements dans un intérêt général

197. Qualité des groupements pour faire valoir les droits qui leur appartiennent en propre 141

198. Atteinte à l'intérêt de la profession ou d'une catégorie sociale 142

§ 1er. — Détermination des organes compétents.

199. Distinction des syndicats et des associations ordinaires 143

A. — *Pouvoir d'action des syndicats et des ordres professionnels.*

1° *Les syndicats.*

200. Evolution historique 143

201. Droit positif 144

2° *Les Ordres professionnels.*

202. Qualité des Ordres professionnels 145

203. Exemple 145

B. — *Défaut de pouvoir des Associtaions ordinaires.*

204. Irrecevabilité des actions associationnelles 146

205. Tendances de la jurisprudence récente 148

§ 2. — Nature fonctionnelle du pouvoir d'action des groupements dans un intérêt général.

A. — *Analyse classique du droit d'action des syndicats.*

1° *Exposé de l'analyse classique.*

206. Représentation de la profession par le syndicat .. 151

2° *Critique de l'analyse classique.*
207. Insuffisance de l'analyse classique 152
208. Le syndicat ne groupe pas nécessairement tous les professionnels 153
209. Actions concurrentes de plusieurs syndicats 153
210. Actions concurrentes du syndicat et de l'Ordre professionnel 154
211. Conclusion 157

B. — *Nature fonctionnelle du pouvoir d'action des groupements dans un intérêt collectif.*
212. Caractère fonctionnel des actions syndicales 157
213. Part faite au subjectivisme dans les actions syndicales 158

SECTION III
L'action de la femme mariée dans l'« intérêt de la famille »
214. Position de la question 159

§ 1er. — L'exercice des actions dans l'intérêt de la famille.

A. — *Le code civil ne prenait pas en considération l'intérêt de la famille.*
215. La satisfaction des intérêts du mari 160
216. La puissance maritale 160
217. L'incapacité de la femme mariée 161

B. — *La reconnaissance et la protection de l'intérêt de la famille dans le droit actuel.*
218. Le contrôle de l'intérêt de la famille 161
219. Exemples 162

§ 2. — Nature fonctionnelle du pouvoir d'action de la femme mariée.
220. Absence de représentation 163
221. Prérogative fonctionnelle de la femme 164

Titre Deuxième
NATURE JURIDIQUE ET FONDEMENT DE LA QUALITÉ
222. La qualité, condition d'existence de l'action 165

Chapitre Ier
LA QUALITE, CONDITION D'EXISTENCE DE L'ACTION
225. La notion de condition d'existence de l'action 167
226. La qualité, condition de l'action 167

SECTION I
L'autonomie de la condition de qualité
227. Les notions de synthèse 168

§ 1er. — Les théories de l'intérêt.

228. Les deux aspects de l'intérêt auxquels on a assimilé la qualité 169

A. — *La théorie de Morel : la qualité est l'aspect personnel de l'intérêt.*

1° *Exposé de la théorie de Morel.*

229. Le principe 170
230. Les exceptions 170

2° *Critique de la théorie de Morel.*

231. Critique positive 171
232. Critique négative 171
233. Qualité de personnes qui n'ont pas d'intérêt à l'action 171
234. Défaut de qualité de personnes qui ont un intérêt personnel 173
235. Ambiguïté de la notion d'intérêt 175

B. — *La théorie de MM. Brulliard et Giverdon : la qualité est l'aspect légitime et juridique de l'intérêt.*

1° *Exposé de la théorie.*

236. Définition de la qualité 175
237. Personnes ayant qualité 176
238. Le cas du représentant 177
239. Actions exercées dans un intérêt général 178

2° *Critique de la théorie de MM. Brulliard et Giverdon.*

240. Critique positive 179
241. Critique négative 180
242. Qualité et représentation 180
243. Qualité et prérogative fonctionnelle 182
244. Erreur sur la notion d'intérêt pour agir en justice 183
245. Conclusion 183

§ 2. — Les théories de la qualité.

A. — *La théorie de Vizioz.*

1° *Exposé de la théorie.*

246. Rapports entre intérêt et qualité 184
247. La notion de qualité 185
248. Personnes ayant qualité 185

2° *Critique de la théorie de Vizioz.*

249. Critique positive 186
250. Observations 187

B. — *La qualité dans la théorie de l'action de M. Fourneau.*

1° *Exposé de la théorie.*

251. La conception de l'action chez M. Fourneau 187
252. Les conditions de recevabilité de l'action 188
253. La qualité ou compétence comme condition subjective unique de la recevabilité de l'action 189

2° *Critique de la théorie de M. Fourneau.*
254. Critique positive 190
255. Critique négative 190
256. Conclusion 191

SECTION II
Les conditions d'existence de l'action
257. Distinction entre conditions objectives et conditions subjectives 192

§ 1er. — Les conditions objectives de l'action.
258. Enumération 192

A. — *La prétention doit être d'ordre juridique.*
259. Définition 192
260. Demandes sans objet 193
261. Demandes contraires à l'ordre public et aux bonnes mœurs 193

B. — *La prétention ne doit pas avoir été déjà jugée.*
262. Absence de chose jugée 193
263. Sanction 194

C. — *La prétention doit être présentée dans les délais légaux.*
264. Sanction de l'expiration des délais 194

§ 2. — Les conditions subjectives de l'action.

A. — *L'intérêt.*
265. Plan 194

1° *Définition de l'intérêt pour agir en justice.*
266. Les deux sens du mot intérêt 195
267. L'intérêt, cause de l'action 195
268. L'intérêt, but de l'action 196
269. Définition de l'intérêt 196

2° *Caractères de l'intérêt pour agir en justice.*
270. Avantage juridique 197
271. Avantage pratique 197
272. Avantage actuel 198
273. Avantage personnel 198
274. Avantage direct 199

3° *Fondement de la notion d'intérêt.*
275. Le bon fonctionnement de la justice 199

B. — *La qualité.*
276. Idée générale 200
277. La notion de qualité 200
278. Rapports entre l'intérêt et la qualité 200

CHAPITRE II
LA QUALITE ET LE FOND DU LITIGE
279. Danger de confondre les deux questions 202

SECTION I

Délimitation du domaine de la qualité relativement au fond du litige

280. Plan 203

§ 1er. — Cas où la qualité appartient à une autre personne que le titulaire du droit.

281. Distinction entre la qualité et le fond 203
282. Conséquences excessives 203
283. Lien avec le contenu de la prétention 205

§ 2. — Cas où la qualité appartient au titulaire du droit.

284. Difficultés de distinguer, dans ce cas, la qualité du fond du litige 207

A. — *Les opinions qui tendent à confondre la qualité et le fond.*

1° *La question de l'appartenance du droit serait une question de fond* 207
2° *La qualité, quoique distincte du fond, s'examinerait dans le fond du procès* 208

B. — *Autonomie de la qualité relativement au fond du droit.*

287. Explication 209

SECTION II

Nature du lien entre la qualité et le fond du procès

288. L'opinion de M. Giverdon 211
289. Lien unissant la qualité et le fond du litige 211

CHAPITRE III

LA QUALITE ET LES CONDITIONS DE VALIDITE DE LA DEMANDE

290. Nécessité de distinguer la qualité des conditions de validité de la demande 213
291. Plan 214

SECTION I

Représentation dans l'action et conditions de validité de la demande

292. Idée générale 214

§ 1er. — Domaine de la représentation dans l'action.

293. Distinctions à faire 214

A. — *La représentation dans les actes de l'instance*

294. Définition 215
295. Différence entre la représentation dans l'action et la représentation dans l'instance 215

B. — *La règle « nul en France ne plaide par procureur ».*

296. Danger de confusion entre cette règle et la qualité 215
297. Nécessité de la distinction 216

1° *Signification de la règle « Nul ne plaide par procureur ».*
298. Sens et portée de la règle 216
2° *Domaine de la règle « Nul ne plaide par procureur ».*
299. Limitation du domaine de la règle à la représentation conventionnelle 217
300. Cas de représentation conventionnelle où la règle ne s'applique pas 217
301. Cas auxquels la règle demeure étrangère 218
302. Conclusion 219
3° *Sanction de la règle « Nul ne plaide par procureur ».*
303. Sanction de la règle par une exception de procédure 220
304. Caractère d'intérêt privé de l'exception 220

§ 2. — Nature de la représentation dans l'action.
305. La représentation dans l'action est une question de qualité 222

A. — *L'opinion qui fait de la représentation dans l'action une condition de validité de la demande.*

1° *Exposé de cette opinion.*
306. Représentation en justice 222
307. Subrogation 223
2° *Critique de cette opinion.*
308. Représentés sans qualité 223
309. Subrogeant sans qualité 224
310. Confusion entre le droit et l'action 224
311. Absence de délimitation du domaine de la représentation dans l'action 224

B. — *Représentation dans l'action et qualité.*
312. La représentation dans l'action est une question de qualité 225
313. Justification 225

SECTION II

Qualité et capacité pour ester en justice

314. Danger de confondre qualité et capacité 226

§ 1er. — Capacité de jouissance et qualité.
315. Idée générale 226

A. — *Détermination des groupements capables d'agir.*

1° *Groupements dotés de la personnalité juridique.*
316. Conséquence de la personnalité morale en matière d'action en justice 227
2° *Groupements sans personnalité morale.*
317. Conséquence du défaut de personnalité 228
318. Atténuation de la portée de cette conséquence 228

B. — *Nature de la condition de l'existence de la personnalité juridique.*

319. Raisons de la confusion entre la qualité et l'existence de la personnalité juridique 229
320. Différences entre les deux conditions 229

§ 2. — Capacité d'exercice et qualité.

321. Distinction 230

A. — *Différence au point de vue de la nature juridique.*

322. Incapacité d'exercice 230
323. Défaut de pouvoir 231
324. Sanction du défaut de capacité d'exercice par une exception 231

CHAPITRE IV

LE FONDEMENT DE LA QUALITE

325. Plan. 233

SECTION I

Fondement de la qualité dans le contentieux subjectif

326. Efficacité de la chose jugée 233
327. Subrogation dans l'action et qualité 234
328. Conclusion 234

SECTION II

Fondement de la qualité dans le contentieux objectif

329. Effet « erga omnes » de la chose jugée 234
330. Recours pour excès de pouvoir 235
331. Action Publique 235

Deuxième Partie

LE RÉGIME JURIDIQUE DE LA QUALITÉ

332. Plan 239

Titre Premier

SOURCES ET PREUVES DE LA QUALITE

333. Intérêt de l'étude des sources de la preuve de la qualité 241
334. Double objet de la question 242
335. Plan 242

CHAPITRE Ier

LES SOURCES DE L'ATTRIBUTION SUBJECTIVE DU POUVOIR D'AGIR

336. Définition 243
337. Distinction à faire 243

SECTION I

Situations dans lesquelles la qualité consiste dans un titre distinct de celui qui fait l'objet du procès

338. Plan 243

§ 1er. — La forme des titres.

339. Titre indépendant du procès et titre destiné à ouvrir l'action 243

A. — *Le titre est un fait juridique indépendant du procès.*

340. Renvoi à la théorie générale des faits juridiques .. 244
341. Faits protégés par la loi 244
342. Actes juridiques 244
343. Exemples 245
344. Jugements 247

B. — *Le titre est destiné spécialement à ouvrir l'action.*

345. Représentation dans l'action et autorisation d'agir 247

1° *Le mandat « ad litem ».*

346. Spécialité du mandat « ad litem » 248
347. Justification du pouvoir 248

2° *L'autorisation « ad litem ».*

348. Distinction entre le mandat et l'autorisation « ad litem » 248
349. Organes desquels émane l'autorisation 249
350. Autorisation pour agir par subrogation 249
351. Autorisation pour faire valoir un droit personnel .. 250
352. Autorisation donnée au représentant 250

§ 2. — La portée des titres.

353. Distinction 251
354. Titres constitutifs de qualité 251
355. Titres translatifs de qualité 251

SECTION II

Situations dans lesquelles la qualité ne résulte pas d'un titre distinct de celui qu'on demande au juge d'établir

356. La qualité est la possibilité d'être titulaire du droit litigieux 252

CHAPITRE II

LA PREUVE DE L'APPARTENANCE SUBJECTIVE DU POUVOIR D'AGIR

357. Plan 254

SECTION I

L'objet de la preuve de la qualité

358. Définition de l'objet de la preuve de la qualité .. 254
359. Degré de complexité de la preuve de la qualité .. 254

§ 1er. — La qualité est née dans la personne des sujets de l'action.
360. Qualité résultant d'un titre distinct 255
361. Qualité consistant dans la possibilité d'être titulaire du droit litigieux 255
§ 2. — La qualité a été transmise aux sujets de l'action.
362. Double objet de la preuve au cas de transmission de qualité 255
A. — *Premier élément : la preuve de la naissance de la qualité dans la personne de l'auteur de la transmission.*
363. Nécessité de cette preuve 256
B. — *Deuxième élément : la preuve de la transmission de la qualité.*
364. Nécessité de rapporter la preuve d'une transmission régulière 256
365. Formes de la transmission 258
366. Exemple : le procès d'exécution forcée 258

SECTION II
La charge et les modes de preuve
367. Charge de la preuve 259
368. Modes de preuve 259

Titre Deuxième
EFFETS DE LA QUALITE
369. Plan 261

CHAPITRE Ier
LA LOI APPLICABLE A LA QUALITE
370. Les divers conflits de loi et la qualité 262

SECTION I
Les conflits de lois dans le temps
§ 1er. — Position de la question.
371. Cas dans lesquels se pose la question 262
372. Solutions à rejeter 263
§ 2. — Détermination de la loi applicable à la qualité dans le temps en droit positif.
373. Appréciation de la qualité au moment de l'introduction de la demande 264
374. Critique de la jurisprudence 264

SECTION II
Les conflits de lois dans l'espace
375. Idée générale 265

§ 1er. — Le principe : soumission de la qualité à la loi du fond.

376. Principe — Titulaire du droit 265
377. Représentant 266

§ 2. — Les exceptions : l'ordre public international.

378. Ministère public 267

CHAPITRE II

LA SANCTION DU DEFAUT DE QUALITE

379. Unité de sanction du défaut de qualité 268
380. Plan 268

SECTION I

Nature de la sanction du défaut de qualité

381. Sanction du défaut de qualité par une fin de non-recevoir 268

§ 1er. — La notion de fin de non-recvoir.

382. Définition 269
383. Solutions anciennes 270
384. Le décret-loi du 30 octobre 1935 270
385. Jurisprudence 271
386. Législation 271

A. — *Avant le décret-loi du 30 octobre 1935.*

387. Fin de non-recevoir 271

B. — *Depuis le décret-loi du 30 octobre 1935.*

388. L'article 192 nouveau du Code de Procédure 272
389. Interprétations jurisprudentielles divergentes 272

SECTION II

Caractère de la sanction du défaut de qualité

390. Enumération 275

§ 1er. — Personnes qui peuvent soulever le défaut de qualité.

391. Pouvoir de soulever le défaut de qualité attribué aux deux parties 275
392. Justification 276

§ 2. — Recevabilité du moyen en tout état de cause.

393. Possibilité de soulever le défaut de qualité à tout moment 276
394. Caractère d'intérêt privé de la fin de non-recevoir 278
395. Exceptions 279

§ 3. — Impossibilité de couvrir le défaut de qualité en cours d'instance.

396. Nécessité de recommencer le procès 279
397. Critique 281

CHAPITRE III

LA PORTEE DE L'AUTORITE DE LA CHOSE JUGEE SUR LA QUALITE

398. Position du problème 283
399. Portée limitée de l'autorité de la chose jugée en matière de qualité 284
400. Jugement implicite sur la qualité 284

CHAPITRE IV

LA DIVERSITE DE QUALITE

401. Définition de la diversité de qualités 286
402. Moments auxquels la diversité de qualités peut être invoquée 286

SECTION I

Diversité de qualités invoquées simultanément

403. Distinction 287
404. Action recevable dans toutes les qualités invoquées 287
405. Action recevable en une seule qualité 288

SECTION II

Diversité de qualités invoquées successivement

406. Questions à examiner 288

§ 1er. — Le changement de qualité en cours d'instance
407. Intérêt du changement de qualité 289
408. Prohibition du changement de qualité en cours d'instance par les parties 289
409. Portée limitée de la prohibition 291
410. Prohibition du changement de qualité à l'égard des juges 292
411. Le principe de l'article 1351 du Code Civil 292
412. Qualités ne coexistant pas lors de l'introduction du premier débat 293
413. Coexistence des qualités lors de l'introduction de la première instance 295

Conclusion

414. Rôle de la qualité dans les divers contentieux ... 297
415. Conception unitaire de la qualité dans le contentieux subjectif 297
416. Ultime définition de la qualité 298

BIBLIOGRAPHIE 301
TABLE ANALYTIQUE DES MATIÈRES 305

VU :

Le Président de la Thèse,

A. AUDINET.

VU :

Le Doyen de la Faculté de Droit,

A. AUDINET.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :

Aix, le 15 mars 1955.

Le Recteur,

J. BLACHE.